وما لا يجوز
٥٧٤ باب الرهن يوضع على يد عدل
٥٧٨ باب التصرف في الرهن وجنايته
٠٠٠ والجناية عليه
٥٨٥ فصل رهن رجل عصيرا فتخمر
٥٨٨ كتاب الجنايات
٥٩٢ باب ما يوجب القصاص
٠٠٠ وما لا يوجبه
٥٩٩ باب القصاص فيما دون النفس
٦٠١ فصل ويسقط القصاص بموت
٠٠٠ القاتل
٦٠٣ فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله
٦٠٦ باب الشهادة في القتل
٦١١ كتاب الديات
٦١٣ فصل في النفس الدية
٦١٦ فصل لا قود في الشجاج
٦٢٢ فصل في الجنين
٦٢٤ باب ما يحدث في الطريق
٦٢٩ فصل في الحائط المائل
٦٣١ باب جناية البهيمة
٦٣٧ باب جناية الرقيق
٦٤٣ فصل دية العبد قيمته
٦٤٥ فصل وان جنى مدبر او ام ولد
٦٤٦ باب غصب العبد والصبي
والمدبر والجناية في ذلك
٦٤٩ باب القسامة
٦٥٩ كتاب المعاقل
٦٦٣ كتاب الوصايا
٦٦٨ باب الوصية بثلث المال
٦٧٧ باب العتق في المرض
٦٨١ باب الوصية للاقارب وغيرهم
٦٨٥ باب الوصية بالخدمة والسكنى
٠٠٠ والثمرة
٥٨٨ باب وصية الذمي
٦٩٠ باب الوصي
٦٩٨ فصل شهد الوصيان ان الميت
٠٠٠ اوصى الى زيد
٦٩٩ كتاب الخنثى
٧٠٣ مسائل شتى
٧١٦ كتاب الفرائض
٧٢٠ فصل في العصبات
٧٢٤ فصل في الحجب
٧٢٨ فصل في العول
٧٣١ فصل في ذوي الارحام
٧٣٤ فصل الغرقى والهدمى
٧٣٧ حساب الفرائض
٧٤١ فصل وتداخل العددين
٠٠٠ يعرف

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

ووجه المناسبة بينه وبين ما قبله ان ما قبله ازالة الملك لا الى مالك وهذا الى مالك فنزل
الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود
فقدمه في التعليم وهي جمع بيع بمعنى مبيع كضرب الامير والمبيعات اصناف
مختلفة واجناس متفاوتة او جمع المصدر لاختلاف انواعه اما باعتبار المبيع لانه
اما بيع سلعة بسلعة ويسمى مقايضة او بالثمن وهو البيع المشهور او بيع ثمن بثمن
وهو الصرف او دين بثمن وهو السلم واما باعتبار الثمن لان الثمن الاول ان لم يعتبر
يسمى مساومة وان اعتبر مع زيادة فهو المرابحة او بدون زيادة فهو التولية او مع
النقص فهو الوضيعة او اريد به الحاصل بالمصدر كما قلنا في جمع علم وهو من
الاضداد يقال على الاخراج عن الملك والا [illegible]
لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على [illegible]
اخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع و [illegible]
قصدا ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه و [illegible]
وربما دخلت اللام فيقال بعت الشيء وبعت لك فهي زائدة وابتاع زيد الدار
بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي اي من غير رضاه وكذا الشراء قال الله تعالى [illegible]

كما في الحسيات فانه يحتاج في ايجاد السرير الى النجار وهو مثل العاقد في مسئلتنا
والى الالة وهو مثل قوله بعت واشتريت والى النجر وهو مثل اخراج هذا الكلام
على سبيل الانشاء والى المحل وهو المبيع وهذا معنى قول اهل الحكمة ان العلة
على اربعة اقسام آلية كالفأس ومحلية كالخشب وفاعلية كالنجار وحالية كالنجر
وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد
من حيث الاهل ومن حيث المحل اوغيره فان بذلك يختلف الامر فان العقد لا ينعقد
اصلا اذا لم يكن العاقد اهلا وينعقد موقوفا عند توقف الاهلية وكذلك لا ينعقد
عند فوات المحل ومشروعية البيع بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة وهي كثيرة
وباجماع الامة وبالمعقول (البيع) في الشرع (مبادلة مال بمال) لم يقل بالتراضي
ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم وقال يعقوب باشا وغيره وينبغي ان يزاد قيد
بطريق الاكتساب كما وقع في الكتب لاخراج مبادلة رجلين مالهما بطريق
الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان في حكمه بقاء انتهى وفيه
كلام لان قوله ليس ببيع ابتداء يقتضي ان يكون الهبة بشرط العوض في ابتداء
العقد تبرعا محضا لا مبادلة فخرج بقوله المبادلة فلا حاجة الى هذا القيد وكذا
لا حاجة الى قيد على وجه التمليك كما قيل لانه يفهم من المبادلة ايضا (وينعقد)
البيع اي يحصل شرعا (بايجاب) هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين حال انشاء
البيع سمي بالايجاب مبالغة لكونه موجبا اي مثبتا للآخر خيار القبول (وقبول)
اي من ايجاب وقبول او بشبيههما وهو كلام ثاني من يتكلم منهما في تلك الحال
فعلم ان هذين اللفظين من اركانه فمن الظن انهما خارجان من حقيقة البيع وينبغي
ان يكون الواو بمعنى الفاء فانهما لو كانا معا لم ينعقد والاطلاق شامل لانواعه
الاربعة الجائز والفاسد والموقوف والباطل كما في القهستاني وفيه اشارة الى انه
لا ينعقد بالوكيل من الجانبين الا في الاب فانه يتولى الطرفين في مال الصغير وفي
الخانية الواحد لا يتولى العقد من الجانبين الا في مسائل منها الاب اذا اشترى
مال ولده الصغير لنفسه او باع ماله من ولده فانه يكتفي بلفظ واحد وقال
خواهر زاده هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلا في ذلك اللفظ بان باع ماله فقال
بعت هذا من ولدي فانه يكتفي بقوله بعت اما اذا اتى بلفظ لا يكون هو اصلا
في اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال لولدي لا يكتفي
بقوله اشتريت ويحتاج الى قوله بعت ومنها الوصي اذا باع ماله من اليتيم او يشتري
مال اليتيم لنفسه وكان ذلك خيرا لليتيم ومنها الوصي اذا اشترى مال اليتيم
للقاضي بامر القاضي ومنها العبد يشتري نفسه من مولاه بامره واما القاضي فانه
لا يبيعه لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل فلا يملك كالاملاك تزويج اليتيمة

من نفسه (بلفظي الماضي كبعت واشتريت) لانه انشاء والشرع قد اعتبر الاخبار انشاء في جميع العقود فينعقد به ولان الماضي ايجاب وقطع والمستقبل عدة او امر او توكيل ولهذا انعقد بالماضي وفي القنية ينعقد بلفظين مستقبلين ثم قال لا ينعقد ويمكن التوفيق بين قولين بانه ان اراد بالمضارع الحال ينعقد وان اراد به الاستقبال والوعد لا لان المضارع يحتمل الحال والاستقبال وفي التحفة بالفظين الماضيين ينعقد بدون النية واما بصيغة المستقبل لا الا بالنية قال صاحب القنية وهذا الفقه وهو ان الشرع جعل الايجاب والقبول علامة الرضى والاخبار عن الحال ادل على الرضى وقت العقد من الماضي فقول الهداية ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل محله ما اذا خلا عن النية او من انه المستقبل المصدر بالسين او سوف فانه لا يحتمل غيره فلا يرد على كلام الهداية شئ كما في البحر وفصل المولى سعدي افندي في هذا المحل في حاشيته فليطالع وفي المجمع سماع المتعاقدين الايجاب والقبول شرط الانعقاد ولو سمع اهل المجلس وقال البائع لم اسمعه ولم يكن به وقر لم يصدق (وما دل على معناهما) اي معنى الايجاب والقبول كقول البائع اعطيت او بذلت او رضيت او وهبت لك هذا بكذا فانه في معنى بعت والمشتري اخذت او قبلت او فعلت او اجزت او اخذت وقد يقوم القبض مقام القبول كما لو قال بعتك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ينعقد البيع كما في الخانية (و) ينعقد ايضا (بالتعاطي) لان جوازه باعتبار الرضى وقد وجد حقيقة وضع الثمن واخذ المثمن عن تراض منهما في المجلس كما قالوا وهو يفيد انه لا بد من اعطاء من الجانبين وعليه الاكثر كما ذكره الطرسوسي وافتى به الحلواني وفي البزازية انه المختار لكن في التنوير ويكتفى بالاعطاء من احد الجانبين على الاصح اذا لم يصرح مع التعاطي بعدم الرضاء وفي المنح هكذا صحح الكمال في الفتح ونص محمد على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن وفي القاموس وغيره التعاطي التناول وهو انما يقتضي الاعطاء من جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي وفي الكبرى وبه يفتى واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن اما اذا دفع الثمن ولم يقبض فلا يجوز (في النفيس) كالعبيد والجواهر (والخسيس) كالحم والخبز (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي فانه قال انما ينعقد بالخسيس دون النفيس (ولو قال خذه بكذا فقال اخذت او رضيت صح) لان قوله خذه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت باعتباره وفرق في الولوالجية في القبول بين ان يبتدأ البائع بالايجاب والمشتري فان بدأ البائع فقال بعت هذا بالف فقال المشتري نعم لم ينعقد لانه

ليس بشيء وان بدأ المشتري فقال لآخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الآخر نعم صح البيع لانه جواب (واذا اوجب احدهما) اي احد المتعاقدين (فللآخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس) اي في مجلس الايجاب اعم من ان يكون بالخطاب او بالرسول كما اذا قال لرسوله قل لفلان بعت عبدي منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او بالكتاب لان كلا منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال بعت منه فبلغه يافلان فبلغه هو او رجل آخر جاز بخلاف ما لم يقل بلغه فبلغه فقبل لا يجوز لان شرط العقد في البيع لا يتوقف على قبول غائب اتفاقا كما في النكاح على الاظهر عند الطرفين وفي الزاهدي او قال بعني من فلان الغائب فحضر الغائب في المجلس فقال اشتريت صح (او يترك) كل المبيع يعني اذا قال البائع بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قبله وان شاء رد لانه مخير غير مجبر فيختار ايهما شاء فهذا خيار القبول فيمتد الى آخر المجلس لحاجة الى التفكر والتروي والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وعند الشافعي لا يمتد بل هو على الفور (لا) يقبل الآخر بائعا كان او مشتريا (بعضا دون بعض) اي ليس له ان يقبل كل المبيع ببعض الثمن او بعضه بكله او ببعضه لانه تفريق للصفقة وانه ضرر بالبائع فان من عادة التجار ضم الردي الى الجيد في البيع لترويج الردي فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردي فيتضرر بذلك وكذلك المشتري رغب في الجميع فاذا فرق البائع الصفقة عليه يتضرر الا ان رضي الآخر بذلك في المجلس بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كعبد واحد او مكيلا او موزونا فاما ما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين او عبدين فلا يجوز وان قبل الآخر (الا اذا بين ثمن كل) مما قبل الآخر ومما ترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب حينئذ في معنى الايجابات متعددة اما اذا كرر في البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم يجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما خلافا للامام بناء على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر (وان رجع الموجب) سواء كان بائعا او مشتريا (او قام احدهما) يعني او كانا قاعدين فقام احدهما (عن المجلس قبل القبول) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع (بطل الايجاب) اما الاول فلان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول فان قيل ان كان الموجب المشتري ففي رجوعه ابطال

حق البائع وهو تملكه الثمن وان كان البائع ففي رجوعه ابطال حق المشتري وهو تملكه المبيع اجيب بان الحق لم يثبت لانه انما ثبت ولاية التملك للآخر وبأن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك للبائع (او قام) اقوى منه واما الثاني فلان القيام دليل الاعراض والرجوع وانما ذلك قبل القبول فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الرجوع اجيب بأن الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض فلا يؤثر التصريح بعده وفي الفتح وحاصل اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما ماشيان او مسايران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعدما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك ان الاوجه اذا كانا يمشيان متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة وقال صدر الشريعة لا يصح في ظاهر الرواية ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا في نافلة فضم الى الركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكملها اربعا ولو كان في يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف بخلاف ما لو ناما مضطجعين او احدهما وان كانا قائمين واقفين فسارا او احدهما بطل الايجاب وكذا لو لم يقم ولكن يتشاغل في المجلس بغير البيع بطل الايجاب كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما في الاصلاح من قوله او قام احدهما لم تقيد بمجلسه لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض فيه كلام لوجود دليل الاعراض بدون القيام والمراد بذكر القيام تبدل المجلس لا تبدله مطلقا تدبر وفي الجوهرة وان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضا وفي القنية رجل في البيت فقال للذي في السطح بعت منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد وكذا اذا تعاقدا وبينهما النهر والسفينة كالبيت (واذا وجد الايجاب والقبول) من المتعاقدين (لزم البيع) وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما ولا يحتاج الى القبض ولا الى اجازة البائع بعدهما وهو الصحيح (بلا خيار مجلس) الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي لا يلزم بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض يقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله عليه السلام لا ضرار في الاسلام وفي اثبات الخيار لاحدهما اضرار للآخر فلا يثبت والخبر فيما رواه محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الآخر لا اشتري

إيجابا في رواية عن النبي عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما
وهذا لان الاحوال ثلثة قسم لم يوجد فيه ركن ما وهي حالة الهيئة وقسم
وجد فيه ركنان وقسم وجد فيه احدهما دون الآخر فنقول هذا الاسم
وهو كونهما متبايعين قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار ما يؤل
في الاول وباعتبار ما كان في الثاني وفيما اذا وجد احدهما دون الآخر بطريق
الحقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما
ان احدهما مرادا والآخر يحتمل الارادة وتمامه في العناية فليطالع (ويصح
البيع (في العوض المشار اليه) مبيعا كان او ثمنا فان كلا منهما عوض عن الآخر
والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال في العوض ولم يقل في الثمن
كما في الاصلاح وقال سعدي افندي وتقرير صدر الشريعة صريح في ان المراد
بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح (بلا معرفة قدره ووصفه) لان الاشارة
اقوى اسباب التعريف وجهالة القدر والوصف معها لا تفضي الى
المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران والاموال الربوية مستثناة
من هذا الحكم فان بيع الحنطة بجنسها مثلا لا يجوز بالاشارة لاحتمال
الربوا وكذا السلم فان معرفة قدر رأس المال شرط عند الامام اذا كان فيما
يتعلق العقد على مقداره كما سيأتي ان شاء الله تعالى (لا) يصح البيع (في غيره)
اي في غير المشار اليه بلا معرفة قدره كعشرة ونحوها ووصفه ككونه مصريا
او دمشقيا لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى
العقد عن الفائدة وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا فيما يحتاج الى التسليم
وفيما لا يحتاج اليه كما اذا اقر لفلان بمتاع عنده فاشتراه منه ولم يعرفا مقداره جاز
كما في الزاهدي (و) يصح البيع (بثمن حال و) بثمن (مؤجل) لاطلاق قوله تعالى
واحل الله البيع (باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر
لانه لو بيع بجنسه وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما في المنح قيد بمعلوم لان جهالة
الاجل تفضي الى المنازعة فالبائع يطالب في مدة قريبة والمشتري يأباها فيفسد
فان اختلفا في الاجل فالقول قول من ينفيه وكذا لو اختلفا في قدره فالقول
لمدعي الاقل والبينة بينة المشتري في الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا
في مضيه فالقول للمشتري انه لم يمض والبينة بينته ايضا كما في الجوهرة وقيد بالثمن
لان المبيع اذا كان عينا لا يصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع فاسد
لان التأجيل في الاعيان لا يصح وفي المنح لو باع مؤجلا انصرف الى شهر لانه
المعهود في الشرع في السلم واليمين في ليقضين دينه اجل وفي شرح المجمع
لو مات البائع لا يبطل الاجل ولو مات المشتري حل المال فان فائدة التأجيل

ان يخير فيؤدي الثمن ... الى ... فاذا مات من له الاجل تأجيل الموروث ...
الذي ... معينة (فيخ البائع البيع)
ولم يسلمه ...) اي فلا للمشتري (اجل
مدة آخر ... بيع واعطاء الثمن ...
وكان الى مدة تجيء ولا على مدة مقدارها قبض المبيع عرفا يحتمل الفائدة للآجال
(تحلافا لهما) فان عندهما لا اجل له الا مدة شبه لانه اجله شبهة وقد يمضت
فصار كما لو قال الى رمضان وفي البحر عليه الف ثمن جعله الطالب نجوما ان اخل
بنجم حل الباقي فالامر كما شرطا (وان اطلق الثمن) والمراد من الاطلاق
ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال
بعته بعشرة دراهم مثلا (فان استوت مالية النقود) بان لا يكون بعضها افضل
من بعض مع تفاوت انواعها (ورواجها صح) البيع (ولزم ما قدر) من عشرة
وغيره (من اي نوع كان) اي من الاحادي او الثنائي او الثلاثي لان الواحد
من النوع الاول والاثنين من الثاني والثلث من الثالث متساويات في المالية والرواج
فالمشتري يعطي اي نوع يريد اذ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية وهو المانع
في الجواز (وان اختلفت رواجا فمن الاروج) اي الاروج النقود في البلد اذ المتعارف
بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف كالتعيين بالنص فيعتبر مكان
العقد فلو باع شيئا من رجل ببصرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد
المشتري ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما في الخزانة (وان استوى رواجها
لا ماليتها) بان يكون بعضها افضل من بعض (فسد) البيع للجهالة المفضية
الى النزاع (ما لم يبين) انه من اي نوع فاذا بين ترتفع الجهالة المانعة من التسليم
فيصح فالحاصل ان المسئلة رباعية لانها اما ان تستوي في الرواج والمالية معا
او تختلف فيهما او تستوي في احدهما والفساد في صورة واحدة وهي الاستواء
في الرواج والاختلاف في المالية والصحة في ثلث صور فيما اذا كانت في الرواج
والمالية مختلفة فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة في الرواج ومستوية
في المالية فينصرف الى الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما وانما الاختلاف
في الاسم كالمصري والدمشقي فيجبر المشتري في دفع ايهما شاء كما في البحر
(ويصح) البيع (في الطعام) وهو الحنطة ودقيقها وكذا سائر الحبوب
كالعدس والحمص ونحوهما وقال بعض المشايخ ما يقع في العرف على ما يمكن
اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه قال صدر الشهيد وعليه
الفتوى (وكل مكيل وموزون كيلا) في الكيلي (ووزنا) في الوزني وما ورد
الشرع بكيله فهو كيلي ابدا وما ورد بوزنه فهو وزني ابدا وما لم يرد فيه شئ

بقفيز فيه العرف (وكذا) يصح بيع الكيلي والوزني (جزافا) وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (ان بيع بغير جنسه) لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعي وهو نصف الصاع (و) يصح بيع الكيلي (باناء) معين (او) بيع الوزني بوزن (حجر معين) كل منهما (لا يدري قدره) اذا لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كان يكون من خشب او حديد فان احتملهما لم يجز وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما في المنح وغيره لكن التعليل بمقتضى البيع حالا فلا يتصور التفتت في الجاف في الحال فينبغي ان يجوز مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف اولا الا في السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى ان يحمل عليه تأمل وفي التبيين هذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الحال استحسانا بالتعامل فيه روى ذلك عن ابي يوسف (ومن باع صبرة) وهي بالضم ما جمع من الطعام (كل صاع) بدل من صبرة (بدرهم صح في صاع) واحد (فقط) عند الامام لان ما سماه وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع فيه وما وراءه مجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه (الا ان يسمى جملتها) اى جملة صيعانها في العقد بان قال بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع بمائة درهم فيصح في جملتها لارتفاع الجهالة (وللمشتري الفسخ بالخيار وان) وصلية (كيل) مجهول كال (او سمى) مجهول سمى (جملتها) اى جملة الصيعان (في المجلس بعد ذلك) اى بعد البيع ظرف لكيل وسمى على طريق التنازع وفي اطلاقه يشعر بان الخيار ثابت له مطلقا اما في كيلها او تسميتها في المجلس فلان الثمن كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن في ظنه اقل من الذي ظهر فلما انكشف الحال بكيلها او تسميتها ثبت له الخيار واما عدم كيلها وعدم تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشتري لانه اشترى صبرة وانعقد البيع في قفيز كما في شرح المجمع (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح) البيع (في شئ منها) اى من القطيع عند الامام لانه ينصرف الى الواحد والواحدة منها متفاوتة فلا يصح البيع في واحد منها بخلاف مسئلة الصبرة (وكذا) لا يصح البيع (لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم)

لان البعض لا يفسره كما في العناية لكن الحكم يراعى في الجنس لا في كل فرد فاذا وجد التفاوت في جنس الثوب اعتبر الحكم في الكل بدير وفي المنح نقلا عن القنية اشترى ذراعا من خشبة او ثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه وسلمه لم يصر ايضا الا ان يقبل وعن ابي يوسف جوازه وعن محمد مسايرة ولكن لو قطع وسلم فليس للمشتري الامتناع وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق باغصانها فكان موضع قطعها معلوما وقطعها وقبضها فليس للمشتري ان يسترد الثمن (و كذا) لا يصح (كل معدود متفاوت) كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل لما ذكرنا بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما) والائمة الثلثة (يصح في الكل) اي في كل المبيع (في جميع ذلك) المذكور من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال الجهالة بيدهما فلا تفضي الى المنازعة لانها تزول بالكيل والعدد والذراع ومثل ذلك لا يعد مانعا ولان قيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة في حق جواز البيع كما لو باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا او بهذه الدراهم ولا يعلم وزنها واعلم ان المص رجح قول الامام لانه قدمه كما هو دأبه لكن ظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو عادته وصرح في الخلاصة والزاهدي وغيرهما بان الفتوى على قولهما تيسيرا على الناس قال في البحر وقد وضعت ضابطا فقهيا لم اسبق اليه لكلمة كل بعد تصريحهم بانها لاستغراق افراد ما دخلته في المنكر والمعرفة في المعرف وهو ان الافراد ان كانت معلومة النهاية فان لم تفض الجهالة الى المنازعة فانها تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والاقرار بالدفع حينئذ والا فان كان لا يمكن معرفتها في المجلس فهي على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة والا فان كانت الافراد متفاوتة لم يصح في شيء عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا وصح في الكل عندهما كالصبرة والا صح البيع في واحد عنده كالصبرة انتهى (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم) فكلت (فوجدت اقل) من المائة بعشرة مثلا (او اكثر) من المائة فيخير ان شاء (اخذ المشتري الاقل) اي الانقص (بحصته) بالكسر اي بحصته من المائة واسقط من ما عدم الثمن حصة من النقصان (او فسخ) البيع ان شاء بالاجماع لعدم رضائه بالاقل (والزائد للبائع) اجماعا لان في المكيلة المنفصلة قدر واصل فلا يكون للمشتري لان البيع وقع على قدر معين فلا يستحق

الزيادة بل القدر المعين ومن هنا ظهر انه ان وجد مائة قفيز يجوز البيع في الكل بلا خيار لواحد منهما اجماعا وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلا خيار له كما في الخانية (وفي المذروع) يعني لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع بمائة درهم فوجد اقل فخير المشترى ان شاء (بأخذ الاقل بكل الثمن) اي بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبائع لاخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان الذرع وصف في المذروع لكونه عبارة عن الطول وفواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن المعين (او يفسخ) اي ان شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذا لم يوجد المبيع المعين فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطي (والزائد له) اى للمشترى بالثمن بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما في القهستاني (بلا خيار للبائع) لانه وجد المبيع مع زيادة وهي في الكمية المتصلة صفة وتبع فلا يقابله شيء من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليما فالبائع لا يخير بل يجبر على التسليم وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لا يتعيبان بالتبعيض ومن حيث الذراع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به وفي العناية تفصيل فليراجع (وان سمى لكل ذراع قسطا) من الثمن بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشترى اقل من القدر المسمى (ان شاء اخذ الاقل بحصته) اي بحصة الاقل من الثمن لا بكل الثمن لان الذراع هنا اصل مقصود بقوله كل ذراع بدرهم ونزل كل منه منزلة ثوب على حدة وان شاء يتركه لان المبيع اذا لم يوجد تاما لا يوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على وجه التعاطي (وكذا الزائد) اى لو وجد المشترى اكثر من القدر المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لان البائع عني بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد الى غايته فلابد من رعاية هذا المعنى وبين ان يفسخ دفعا لضرر التزام الزائد وعن هذا قال (وله) اى المشترى (الخيار في الوجهين) اى في النقصان والزيادة وفيه اشارة بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الا في قول للشافعي بطل البيع وفي العناية كلام فليطالع (وصح بيع عشرة اسهم) او اقل او اكثر (من مائة سهم من دار) او غيرها بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شائع والسهم ايضا اسم لشائع لا لموضع معين وبيع الشائع جائز فيصير من له عشرة اسهم شريكا لمن له تسعون سهما فلا يؤدي الى المنازعة (لا) يصح (بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها) من الدار عند الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول

محلا لتفاوت جوانب الدار في القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار اقول فيه
وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة السهمان واما اذا علم جملتها
فيجوز عنده والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا (وعندهما يصح) البيع
(فيهما) اي في الاسهم والاذرع اذا كانت الدار مائة ذراع لان عشرة اذرع
من مائة ذراع منها عشرها كعشرة سهم من مائة اسهم فتخصيص الجواز
باحدهما تحكم (ولو باع عدلا) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في
مقداره ومنه عدل الحمل (على انه عشرة اثواب) بعشرة دراهم او اقل او اكثر
(فاذا هو اقل) من المسمى (او اكثر) من المسمى (فسد البيع) في الصورتين
لعدم العلم بثمن المعدوم المتفاوت في الاول فيؤدي الى النزاع وجهالة المبيع في
الاكثر لان ما زاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد لوقوع المنازعة
والتعارض فيما بينهما فيفسد وفي البحر ولو اشترى ارضا على ان فيها كذا نخلا
مثمرا فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد وفي التنوير ولو باع عدلا او غنما واستثنى واحدا بغير
عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع (ولو فصل الثمن) بان قال بعتك هذا
العدل على انه عشرة اثواب كل ثوب بدرهم (فكذا) يفسد البيع (في الاكثر)
اي فيما اذا كان احد عشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى المشتري رد الثوب
الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا او رديا وبجهالته يصير المبيع ايضا مجهولا
فيفسد (ويصح) البيع (في الاقل بحصته) اي اذا كان تسعة مثلا لان حصة
المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فتكون حصة الباقي معلومة ايضا (ويخير
المشتري) ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة
عليه (وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) اي الثوب
(المشتري بعشرة) دراهم (لو) كان الثوب (عشرة ونصفا بلا خيار)
لحصول النفع الخالص (و) يأخذ الثوب المشتري (بتسعة) دراهم (لو)
كان الثوب (تسعة ونصفا بخيار) لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا عند
الامام لان الذرع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد
بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل (وعند ابي يوسف يخير) المشتري
(في اخذه باحد عشر في الاول) اي فيما اذا وجده عشرة ونصفا (و) يخير المشتري
باخذه (بعشرة في الثاني) اي فيما اذا وجده تسعة ونصفا لانه لما افرد كل
ذراع ببدله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص (وعند محمد يخير
في اخذه في الاول) اي فيما وجده عشرة ونصفا (بعشرة ونصف وفي الثاني)
اي فيما وجده تسعة ونصفا (بتسعة ونصف) لان من ضرورة مقابلة الذراع
بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه قيل هذا في ثوب بعشرة القطع واما الكرباس

الذى لا يضره القطع ولا يتفاوت بحوائبه فلا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط

﴿ فصل ﴾

فيما يدخل فى البيع تبعا بغير تسمية وما لا يدخل والاصل ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا اوكان متصلا بالمبيع اتصال قرار اوكان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بلا ذكر صريح ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الاصل فقال (يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار بلا ذكر) لان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل فى المبيع تبعا وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لا يدخلان والبناء فى الاصل بمعنى المبنى ويدخل فيه الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفى التبيين ينبغى ان يدخل السلم مطلقا فى عرف اهل مصر لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه وفى المنح ويدخل الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة فى الدار لا المنقولة وفى الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هوله او بكل قليل وكثير هو فيه ذكر محمد فى الشروط ان له الاعلى والاسفل وكذا لو كان فيه قدر نحاس موصولا بالارض وقيل الاعلى لا يدخل ويدخل الاشجار فى صحنها والبستان فيها صغيرا اوكبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب فى الدار وقيل ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان اكبر اومثلها لا وكذا تدخل البئر الكائنة فى الدار والبكرة على البئر ولا يدخل الدلو والحبل المعلقات عليها الا اذا قال بمرافقها وفى التبيين وثياب الغلام والجارية يدخل فى البيع الا ان يكون ثيابا عالية اذ العرف فيهما جار على ثياب البذلة ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى الذى عليه وان شاء اعطى غيره وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا (وكذا) يدخل (الشجر فى بيع الارض) بلا ذكر مثمرة كانت الاشجار اولا على الاصح اذا كانت موضوعة فى الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة كانت او كبيرة الا اليابسة فانها على شرف القلع فهى كالحطب الموضوع وقيدنا بكونها موضوعة فى الارض لانه لو كانت فيها اشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من اصلها

تدخل في البيع ويكون للمشتري وان كانت تقطع في وجه الارض فهي للبائع الا بشرط وفي الفتح باع ارضا فيها قطن لم يدخل الثمر واما اصله فمنهم من قال لا يدخل على الصحيح واما الكراث وما كان مثله فكان على ظاهر الارض لا يدخل وما كان مغيبا في الارض من اصوله اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفي الكركي والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجرة وشجرة الخلاف للمشتري وكذا كل ما كان له ساق ولا ينقطع اصله حتى كان شجرا واصل الآس والزعفران للبائع والقصب في الارض كالثمر والماء وقصب السكر يدخل في البيع وقوائم الخلاف والاغصان تدخل في البيع ذكره السرخسي والامام الفضلي يدخل قوائم الخلاف كالثمر الا اذا انقطع ولا وبه نفتي (ولو اطلق شراء شجرة) اي لم يبين انه شراها للقطع او للقرار (دخل مكانها) اي مكان الشجرة من الارض بقدر غلظها والمتن (في الصحيح وهو المختار) لتضمنه القرار اذ الشراء اسم للمستقر على الارض ولا قرار بدونها فيدخل بقدر غلظها كما لو اقر بالشجرة فانه يدخل ارضها وكذا واختلفوا وقيل يقدر بقدر ساقها وقيل يقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام هذا اذا لم يبين قدرا فان عين يدخل المعين (خلافا لابي يوسف) فانه قال لا يدخل فيها لا شتراكها في الشراء للقطع اذ الارض اصل والشجر تبع فلو دخلت الارض لصار الاصل تابعا بالاطلاق لانه لو اشتراها للقطع لا يدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخلت ما تحت الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ما ينتهي اليه العروق اتفاقا (ولا يدخل الزرع في بيع الارض) بلا ذكر بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في البيت (ولا يدخل (الثمر في بيع الشجر الا باشتراطه) اي اشتراط المشتري دخول الزرع في بيع الارض ودخول الثمر في بيع الشجر لقوله عليه السلام من باع نخلا او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع اي يقول المشتري اشتريتها بثمرتها او مع ثمره فيدخل والا فلا مطلقا وعند الائمة الثلاثة ان كانت مؤبرة تدخل والا لا (وان) وصلية (ذكر الحقوق والمرافق) لانهما ترجع الى مثل السيل والشرب والطريق لا الى الزرع والثمر ولو قال بكلها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لا يدخل وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها يدخل الثمر والزرع لانه حينئذ يكون من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه (ويقال للبائع) على تقدير عدم الدخول (اقطعه) اي الزرع (واقطعها) اي الثمر وانث الضمير لان الاسم الذي يفرق بينه وبين واحده بالتاء يذكر ويؤنث (وسلم المبيع) لان التسليم لازم عليه وذلك لا يكون الا بالتخلية وعند الائمة الثلاثة للبائع تركها حتى انتهى صلاح الثمر واستحصاد

الزرع (وكذا لا يدخل) في بيع الارض (حب بذر) مالم يخرج ولا صفقة حب (ولم ينبت بعد) اونبت وصار له قيمة وتعرف قيمته بتقوم الارض مبذورة وغيرها فان كانت قيمتها مبذورة اكثر علم انه صار متقوما (وان نبت) البذر (ولم يصر له قيمة) بعد (دخل) في البيع (وقيل لا) يدخل وصرح في التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجابي وفصل في الذخيرة في غير النابت بين مااذا لم يعفن اولا فان عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار جزء من اجزاء الارض وفي البحر وصحح في السراج عدم الدخول الا بالذكر وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات فالحاصل ان المصحح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة الا قبل النبات فالصواب دخول مالا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له (ومن باع ثمرة بدا صلاحها اولم يبد) من البدو بالضمتين والتشديد الظهور (صح) لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في المآل وقيل لا يجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الائمة الثلاثة وانما قيد ببدو صلاحها لان بيعها قبل البدو لا يصح اتفاقا وقبل بدو الصلاح بشرط القطع في المنتفع به صحيح اتفاقا وبعد ما تناهت صحيح اتفاقا اذا اطلق وان بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتي فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا اي بلا شرط القطع ولا بشرط الترك فعند الائمة الثلاثة لا يجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير منتفع به الآن اكلا وعلفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز كما في البحر وفي الفتح والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ما يخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا الاوراق كانه ورق كله وان كان ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا وفي الشمني وانما الخلاف في تفسير بدو صلاحها وعندنا على ما في المبسوط هو ان يأمن العاهة والفساد وعلى ما في الخلاصة عن التجريد ان يكون منتفعا به وعند الشافعي ظهور النضج ومبادي الحلاوة (ويقطعها المشتري الحال) تفريغا لملك البائع واجرة القلع على المشتري (وان شرط تركها) اي الثمرة (على الشجر) حتى تدرك (فسد) البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه صفقة في صفقة لانه اجارة في البيع ان كانت للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن كما في اكثر المعتبرات قال في البحر وتعقبهم في الفوائد بانكم قلتم ان كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة في صفقة

وجوابه انه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة وفيه تاجيجا انتهى هذا يستقيم ان كانت الاجارة فاسدة وان باطلة فلا لما سيأتى ان اجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فيلزم فى هذه الصورة ان لا توجد صفقة فى صفقة فلا يندفع الاشكال تأمل (واو) وصلية اى ولو كان (بعد تناهى عظمها) عند الشيخين وهو القياس لان ما زاد وحدث من الترك فى ملك البايع معدوم عند البيع وهو مجهول (خلافا لمحمد) فانه قال يفسد فى المتناهية استحسانا لانه شرط متعارف وهو قول الائمة الثلثة وفى البحر نقلا عن الاسرار الفتوى على قول محمد وبه اخذ الطحاوى وفى المنتقى ضم اليه ابا يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير شرط (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا (وان تركها) اى الثمرة الغير المتناهية على الشجر (باذن البايع بلا اشتراط) تركها حالة العقد (طاب له) اى للمشترى (الزيادة) الحاصلة فى ذات الثمرة بالترك لانه حصل بطريق مباح (وان تركها) اى الثمرة (بغير اذنه) اى البايع (تصدق بما زاد فى ذاتها) لحصوله بطريق محظور ويعرف مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع ويوم الادراك وما تفاوت بينهما يكون زائدا (وان تركها) اى الثمرة (بعد ما تناهت) بغير اذنه الى ان تدرك (لا يتصدق) المشترى (بشئ) لان الثمرة اذا صارت بهذه الحالة لا يتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف هو من اثر الشمس والقمر والكواكب (وان استاجر) المشترى (الشجر بطلت الاجارة) اى لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استاجر الشجر (الى وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة وطابت الزيادة) لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا فطاب (وان استاجر) المشترى (الارض لترك الزرع) الى ان يستحصد (فسدت) الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتاخر اذا طال البرد (ولا تطيب الزيادة) الحاصلة فيها لخبث والحاصل ان الاذن فى الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك فى الفاسدة لان الفاسدة ما كان موجودا باصله وانما بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن فيفسد الاذن فتمكن الخبث وفى العناية كلام فليطالع (ولو اثمرت) الشجرة (ثمرا آخر) بعد شراء الموجود (قبل القبض) بتخلية البايع بين المشترى وبين الثمرة (فسد البيع) ان لم يحلل له البايع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وصيرورة الثمر هذا اذا لم يعرف الحادث بالوجود

فان عرف فالعقد صحيح على حاله وكذا اذا حلله البائع كما فى الكافى (ولو اثمرت الشجرة ثمرا آخر (بعد القبض) اى بعد قبض المشترى المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما (يشتركان) فيه لاختلاط ملك احدهما للآخر (والقول فى قدر الحادث للمشترى) مع يمينه لكونه فى يده وفى التبيين وكذا فى الباذنجان والبطيخ فحاصله ان لهذه المسئلة ثلث صور احديها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه مامضى وثانيها ان لايخرج شئ منه فانه لايجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لايجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وابو بكر بن الفضل يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لايجوز وفى البحر وهو ظاهر المذهب لكن فى الفتح فان الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد لايخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون مايحدث على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمر وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع مايوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى (ولو باع ثمرة) على شجرة (واستثنى منها) اى من الثمرة المبيعة المجذوذة اوغيرها (ارطالا معلومة صح) اى البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان المستثنى معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لاتمنع الجواز الاترى ان بيعه مجازفة جائز والاصل ان ماجاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة الاقفيزا اوقفيزا من صبرة بخلاف الحمل واطراف الحيوان حيث لايجوز استثناؤه لانه لايجوز بيعه ابتداء (وقيل لا) يصح وهو رواية الحسن والطحاوى وهو قول الشافعى واحمد لجهالة الباقى وهو اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة تفضى الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان مالا يفضى اليها يصح معها بل لابد من عدم

الاقتداء بها في الجملة من كون البيع على حدود الشرع الآتي ان المتبايعين قد تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول ولا يثمر ذلك صحيحا كما في الفتح وفي المنح وقد فهم من كلام الزيلعي ان رواية عدم الجواز هي رواية الحسن وحده وليس كذلك بل هي رواية ابي حنيفة ايضا عن الامام وتمامه فيه فليطالع ثم محل الاختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزأ كربع وثلث منه يصح اتفاقا وكذا لو كان الثمر مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لا يكون ذلك فيكون استثناء الكل من الكل (ويجوز بيع البر) والشعير والعدس حال كونه (في سنبله اي بيع بغير جنسه) وان بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا (وكذا) يجوز بيع (الباقلاء) هو بالقصر والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف (في قشره والارز والسمسم وكذا) يجوز بيع (اللوز والفستق) بضم الفاء والتاء وسكون السين (والجوز في قشرها الاول) قيد للجميع والتقييد بالاول وهو الاعلى تنصيصا على موضع الخلاف فان الشافعي لا يجوز بيع ذلك كله وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البائع تخليصهما وتسليمهما الى المشتري هو المختار وفي الكافي وغيره وللشافعي ان المبيع مستور بما لا منفعة له فصار كتراب الصاغة اي كبيع تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج من قشره الاول انتهى لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا الا ان يقال انه مبني على الزام الشافعي بمذهبه في المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا فيكون جوابا الزاميا على مذهبه ويسمى جدلا فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلا يلزم عليه جميع ما قال صاحب الدرر تأمل (واجرة الكيال) في مثل البر للكيال (وعد المبيع) اي اجرة العد في مثل الثمر للعداد (ووزنه) اي اجرة الوزن في مثل العسل للوزان (وذرعه) اي اجرة الذرع في مثل الارض للذراع (على البائع) فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن والذرع لانه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه وكذا ما كان من تمامه قيد بالكيل لان صب الحنطة في الوعاء على المشتري وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشترى جزافا عليه وكذا كل شيء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر اذا خلى بينها وبين المشتري كما في البحر وغيره

لكن في الفتح وصححها في وعاء المشتري على البايع ايضا هو المختار (واجرة نقد الثمن) اى تمييز جيده عن رديه (ووزنه على المشتري) لانه يحتاج في تسليم الثمن الى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنته عليه وكذا مؤنة الجيد عن غيره هو الصحيح كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وبه يفتى كما في الزاهدي وغيره الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء برده بعيب الزيافة فانه على البايع واما اجرة نقد الدين فانه على المديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين كما في البحر (وفي بيع سلعة بثمن) اى بدراهم ودنانير (يسلم هو اولا) اى يسلم الثمن قبل المبيع اذا وقع المنازعة بينهما في تسليم المبيع والثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعي في قول هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غائبا فلا يسلم حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن وفي البزازية باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقال محمد لا يصح لجهالة الاجل (ان لم يكن) البيع (مؤجلا) فانه لو كان مؤجلا لا يمكن التسليم اولا بل يجب تسليم المبيع وان اسقط البايع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشتري في قبض المبيع (وفي بيع سلعة بسلعة) هذا بيع المقايضة على ما مر (او ثمن بثمن) ويسمى هذا بيع الصرف (سلما معا) تسوية بينهما في العينية والدينية فلا ضرورة في تقديم احدهما بالدفع لكن لا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة وفي التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان الامام يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البايع قبضته فلو اخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال المشتري تعال معي او امش فخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح له وقال خليت

بيعك وبينها فهو قبض وان لم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهي بعيدة وتمامه في البحر فليطالع وفي التنوير وجد البائع الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به فمن بدل الجياد زيوفا ثم علم بها ردها ويسترد الجياد ان قائمة والا فلا اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع اسوة للغرماء وان لم يقبضه فالبائع احق به اتفاقا

(باب الخيارات)

وفي المستصفى العلل نوعان عقلية وهي ما لا يجوز تراخي الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد ولذلك قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا وجد يجب الحكم به وشرعية كالبيت للبيع والاوقات للصلاة والبيع للاشارة في مثل هذه العلل يجوز تراخي الحكم عن علته الا انه لا يجوز تخلف الحكم عن العلة الاعلى قول من يجوز تخصيص العلة واعلم ان الموانع انواع مانع يمنع انعقاد العلة كما اذا اضاف البيع الى حر ومانع يمنع تمام العلة كما اذا اضاف الى مال الغير ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع تمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط على انواعه لهذا وفي البحر والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلثة الي هي ثلثة عشر خيارا خيار الشرط خيار الرؤية خيار العيب خيار التعيين خيار الكمية خيار الاستحقاق خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولي خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار المعين خيار الخيانة في المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه (صح خيار الشرط) اي الاختيار للفسخ او الاجازة بسبب شرطه ولو بعد البيع فالخيار اسم من الاختيار والاضافة من قبيل اضافة الحكم الى علته وسببه وهي بين الصحابة والفقهاء شائعة فلا حاجة الى ما قيل من انه لو قال صح شرط الخيار لكان اولى الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار تدبر (لكل من العاقدين) اي البائع والمشتري منفردا (ولهما معا) اي صح الخيار للبائع والمشتري جميعا في مبيع او اعتقه صرح في السراجية حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط الخيار في نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما في البحر (ثلثة ايام) بالنصب على الظرف او بالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف المقدم ويجوز ان يكون هو مبتدأ مسلي نحو قوله تعالى ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجاذب كما في القهستاني لكن في النهر والصواب ان تقدر فيه ثلاثة ايام فما دونها (لا اكثر) من ثلثة ايام

عند الامام وزفر والشافعي لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام وجهه ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم اولا فيكون مفسدا لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لا ما فوقها وفي البحر وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان ولم نجعله داخلا على اصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى لا حكما والخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما (الا ان اجاز) اي من له الخيار (في الثلثة) يعني لا يجوز الخيار اكثر من ثلثة ايام لكن لو ذكر اكثر منها واجاز في الثلثة باسقاط خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لاوله لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد في ظاهر الرواية وهو قول العراقيين وقيل موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهو مختار السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر وعند زفر والشافعي يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة على الثلث ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحا بالاشهاد (وعندهما يجوز اكثر من الثلث ان بين مدة معلومة اي مدة كانت) طويلة او قصيرة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل في الثمن قيد بمعلومة لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال اشتريت على اني بالخيار اياما او قال مؤبدا فانه غير جائز اتفاقا وفي الخلاصة لو اثبت الخيار ولم يذكر وقتا فله الخيار مادام في المجلس (وان اشترى) شخص شيئا (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح) البيع استحسانا اذا نقده في الثلاث والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة لا يجوز لانه بيع شرطت فيه الاقالة فهو مفسد ولنا ان ابن عمر رضي الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه في معنى شرط الخيار فلا يفسده قيد بقوله الى ثلثة لانه لو لم يبين الوقت اصلا او ذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا (و) ان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن (الى اربعة ايام لا يصح البيع عند الامام لان هذا في معنى الخيار من حيث ان المق منهما التفكر وشرط فوق الثلثة مفسد فكذا بهذا وعن ابي يوسف روايتان واصحهما انه مع الامام (الا ان ينقد في الثلثة) اي اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة او اكثر فنقد في الثلاث جاز بالاجماع كما في شرط الخيار لزوال المفسد

(وعند محمد يجوز الى اربعة) ايام (واكثر) كما في خيار الشرط جريا على اصله وابو يوسف كان مع محمد في هذا الاصل لكن خالفه في هذه المسئلة عملا بالنهي الوارد عن البيع بشرط الا ان النص ورد في شرط الخيار فجاز فبقي الحكم في المسئلة على مقتضى النهي لكن يشكل قول ابي يوسف بجواز الزيادة على شهرين لعدم الا ان في الزيادة مع انها تجوز تامل (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) وان قبضه المشتري باذن البائع لان خروجه انما يكون برضاء البائع والخيار ينافيه فيصح تصرف البائع في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطي وغيرها ويصير فسخا للبيع فيخرج الثمن عن ملك المشتري اتفاقا لكنه لا يدخل في ملك البائع عند الامام وقالا يدخل (فان قبضه) اي المبيع (المشتري) شموله باذن البائع اولا (فهلك) عنده في مدة الخيار حتى لو هلك عند البائع ينفسخ البيع ولا شيء على المشتري (لزم قيمته) اي قيمة المبيع على المشتري لان خيار البائع لا يسقط عن المبيع الهالك فوقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم امكان اللزوم اذ اللزوم للزم بعد الهلاك وذا لا يجوز لعدم المحل وكان مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء لان بطلان العقد لا يبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة ان قيميا وبالمثل ان مثليا ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء بذكر الاصل في الضمان قيدنا في مدة الخيار لانه لو هلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان لان العقد قد لزم بعد تمامها (وخيار المشتري لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع اتفاقا للزوم البيع في جانبه ويمنع خروج الثمن عن ملك المشتري بالاتفاق والاصل ان البدل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه (فان هلك) المبيع (في يده) اي المشتري (لزم الثمن) لان المبيع اذا قرب من الهلاك يكون معيبا لا يمكن الرد فيلزم العقد الموجب للثمن المسمى خلافا للشافعي فان عنده يجب القيمة (وكذا) لزم الثمن (لو تعيب) في يد المشتري باطلاقه فيشمل ما اذا عيبه المشتري او اجنبي او تعيب بآفة سماوية ولكن باقيا على اطلاقه وانما المراد عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده واما جواز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره ان زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في البحر وغيره وانما قال عيبا لا يرتفع كما قال بعض الفضلاء لانه اذا كان العيب نظيرا للهلاك يفهم ان يكون العيب مما لا يرتفع كما لا يرتفع الهلاك لان الكلام فيما لا يمكن رده على وجه قبضه اولا تامل (الا انه) اي المبيع اذا خرج عن ملك البائع فيما اذا شرط الخيار المشتري (لا يدخل في ملك المشتري) عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل عنه في ملك

شخص واحد (خلافا لهما) فان عندهما يدخل وهو قول الائمة الثلثة لانه لما خرج المبيع عن ملك البائع وجب ان يدخل فى ملك المشترى كيلا يصير سائبة بغير مالك قيده بكون المبيع فى يد المشترى لانه لو هلك قبل القبض فلا شئ عليه اتفاقا ولم يذكر حكم ما اذا كان الخيار لهما ففى اكثر المعتبرات لا يخرج شئ من المبيع والثمن من ملك البائع والمشترى اتفاقا (فلو اشترى زوجته بالخيار) هذا تفريع لقوله (لا يفسد النكاح) عند الامام لانه لا يملكها باعتبار الخيار ويفسد عندهما لانه يملكها (وان وطئها) اى الزوجة المشتراة بالخيار (فله) اى للزوج المشترى (ردها) عند الامام (لانه) اى الوطئ (بالنكاح) اى بحكم ملك النكاح لبقائه لا بحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له ان يردها مطلقا (الا فى البكر) فانها لا ترد اتفاقا لان الوطئ ينقصها عنده وعندهما الوطئ بملك اليمين وظاهره انه لو نقصها وهى ثيب فالحكم كذلك كما فى البحر (ولو ولدت) تلك المشتراة او حبلت منه (فى مدته) اى فى مدة الخيار بالنكاح (لا تصير) تلك المشتراة (ام ولده) اى الزوج المشترى عند الامام خلافا لهما فان عندهما تصير ام ولده او ادعى الولد لانه ولد والفراش ضعيف كما فى الاصلاح لكن الكلام فى الحامل من المشترى بالنكاح فلا حاجة الى قيد الدعوة تدبر ومحله ما اذا كان قبل القبض اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير ام ولد للمشترى لانها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذا لو قال ولو ولدت فى مدته بالنكاح قبل القبض كما فى اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر (ولو اشترى قريبه) اراد به ذا رحم محرم منه (به) اى بالخيار (او) اشترى (عبدا) او امة (بعد قوله ان ملكت عبدا) او امة (فهو حر لا يعتقان) عند الامام لعدم الدخول خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار فيعتق عندهم جميعا (ولا يعد حيض) الجارية (المشتراة به) اى بالخيار اذا حاضت (فى مدته) اى مدة الخيار (من الاستبراء) عند الامام خلافا لهما (ولا استبراء على البائع ان ردت) الجارية (به) اى بالخيار عند الامام سواء كان قبل القبض او بعده لانه لم يدخل فى ملك غيره وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب قياسا واستحسانا واجمعوا فى البيع البات يفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا و بعده قياسا واستحسانا كما فى العناية (ولو قبض المشترى به) اى بالخيار (المبيع باذن البائع ثم اودعه) اى اودع المشترى المبيع (عنده) اى البائع (فهلك) فى يد البائع فى المدة او بعدها (فهو على البائع) عند الامام ولا شئ على المشترى (لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك)

فلا يثبت الايداع الا بصيرورته رافعا القبض فيقع الهلاك قبل قبض المشتري وهو يبطل البيع وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعا مال نفسه فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يده هذا لو كان الخيار للمشتري ولو للبائع فسلم المبيع الى المشتري فاودعه البائع بطل البيع عند الكل ولو كان المبيع باقيا فقبض باذن البائع فهلك عنده بطل البيع عند الكل ولو كان المبيع باقيا فقبض المبيع باذن البائع او بغير اذنه ثم اودعه البائع فهلك كان على المشتري اتفاقا لصحة الايداع كما في البحر (ولو اشترى) العبد (المأذون شيئا) اي بالخيار (فابرأه بائعه عن ثمنه) في المدة (بقي خياره) عند الامام لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك (وله) اي للمأذون (الرد) بالخيار (لانه) اي المأذون (يلي عدم التملك) كما لو وهبت له هبة فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البائع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه وهذا يقتضي صحة الابراء لكن لا يصح عند ابي يوسف قياسا ويصح عند محمد استحسانا (ولو اشترى ذمي من ذمي خمرا به) اي بالخيار (واسلم في مدته بطل شراؤه) عند الامام (لانه لا يملكها) اي الخمر (مسلما بالاجازة) وعندهما بطل الخيار لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم هذا في اسلام المشتري اما لو اسلم البائع فلا يبطل بالاجماع وصار المشتري على حاله (خلافا لهما في الجميع) اي جميع المسائل التي وقعت من قوله فلو اشترى الى هنا وقد ذكر قولهما ووجههما عقيب كل منها وقد زاد بعض الشارحين على ما ذكره مسائل منها ما اذا خمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن رده ومنها لو اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال السرخسي لا يكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامتها اختيار عندهما لانه ملك العين وعنده ليس باختيار ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار وقبضه ثم احرم والظبي في يده فينتقض عنده ويرد الى البائع وعندهما يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم المشتري ان يرده ومنها اذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد فان له رد ما الى البائع عنده لانها حدثت على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه كما في البحر (ومن له الخيار) سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخه وله ان يجيزه واذا اراد الاجازة (يجيز) البيع (بحضرة صاحبه وغيبته) في مدته بالقول او الفعل وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق لكونه راضيا وقت اثبات الخيار (ولا يفسخ) البيع في مدته (الا بحضرته) والمراد

بالحضرة علم صاحبه اوعلم من يقوم مقامه عند الطرفين لان الفسخ تصرف في حق صاحبه وذا لايجوز بدون علمه كالموكل اذاعزل الوكيل لايثبت حكم عزله في حقه مالم يعلم فى الخيار باق على حاله (خلافا لابي يوسف) وهو قول زفر والائمة الثلاثة فانهم يقولون يفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط على الفسخ من طرف صاحبه فلايتوقف على علمه ولذا لايشترط رضاؤه فصار كالوكيل بالبيع هذا اذاكان الفسخ بالقول ولو كان بالفعل كالاعتاق والبيع والوطئ يجوز بلاعلمه بالاتفاق لانه حكمى ولايشترط العلم فى الحكمي وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفى خيار العيب لايصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لايثبت الابالقضاء (فان فسخ) من له الخيار بغيبة صاحبه (وعلم به) الآخر (فى المدة انفسخ) البيع لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به الآخر فى المدة بل علم بعد مضى المدة (تم العقد) لوجود الرضاء (دلالة) حيث لم يتم الفسخ لايقال ان فى شرط العلم ضررا لمن له الخيار اذلايجوز ان يختفى صاحبه فلايصل اليه الخبر فى مدته لانا نقول يمكن تداركه بان اخذ منه كفيلا يحضره فى المدة اووكيلا يثق به حتى اذابداله الفسخ رده عليه وقال بعضهم لورفع الامر الى الحاكم فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه (ويتم العقد ايضا بموت من له الخيار) ولاينتقل الى الورثة وقال الشافعي يورث عنده لانه حق لازم له فى البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك ولنا ان الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقدبطلت اهلية التأمل بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره كذا قالوا اذاعلمت هذا ظهر ان خيار التغرير وهو مااذاغر البايع المشترى اوبالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لايورث لانه مجرد حق ثبت للبايع اوللمشترى كما فى خيار الشرط كما فى المنح وقيد بموت من له الخيار لان الخيار لايبطل بموت من عليه الخيار اتفاقا (وكذا) يتم العقد ويبطل الخيار (بمضى المدة) فان اغمى عليه اوجن اونام اوسكر بحيث لايعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار كما فى الاختيار خلافا لمالك (ويتم) بالاخذ (بشفعة بسبب المبيع) بشرط الخيار يعنى لواشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها فى مدته وطلبها بطريق الشفعة فهذا الطلب رضى بتلك الدار الاولى لان طلب الشفعة بها يقتضى ابطال الخيار واجازة الشراء سابقا اذالشفعة لاتصير الابالملك وقيدنا بشرط الخيار لان طلبها لايسقط خيار الرؤية والعيب ولوقال وبالطلب بشفعة لكان اولى لان طلبها مسقط وان لم يأخذها كما فى المعراج فلهذا قلنا فى تصويرها وطلبها بطريق

الشفعة تدبر (و) تم (بكل ما دل على الرضى) من قبيل عطف العام على الخاص (كالركوب لغير الاختبار) اى الامتحان فلو ركب دابة لينظر الى سيرها لا يدل على رضاه كالو ركبها ليردها او ليسقيها او ليعلفها وفيه اشعار بانه لو استخدم الجارية مرة للامتحان ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضى والا فلا وكذا اذا لبسه مرة كما فى اكثر الكتب فعلى هذا يكون فى عموم قوله لغير الاختبار نظر كما فى العناية لكن يمكن ان يقال انه اعم من الاختبار او هو فى حكمه فعند دفع به النظر تدبر (والوطئ) والقبلة واللمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة (والاعتاق وتوابعه) اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذا كل تصرف لا يحل الا فى الملك كالبيع والاجارة والاسكان والرهن والبناء والغرس والهدم ورعى الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكرى الانهار لان هذه التصرفات دليل الملك هذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل هذه الاشياء انفسخ البيع (وان شرط المشترى الخيار لغيره) عاقدا او غيره لعموم الغير (جاز) الشرط عندنا وثبت لهما الخيار والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن وجه الاستحسان انه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرفه والتقييد بالمشترى اتفاقى لان البائع لو شرط الخيار جاز ايضا كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لو قال وان شرط احد المتعاقدين الخيار لاجنبى لكان اولى لشمول البائع والمشترى ولخروج اشتراط احدهما للآخر فان قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد كما فى البحر وفى النوازل لو شرط الخيار لجماعة ان عدد اسماءهم جاز والا فلا (وايهما) اى اى من المشترى والغير او البائع (اجاز البيع او فسخ البيع صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة او نيابة (وان اجاز) البيع (واحد) ممن شرط الخيار له من العاقدين والاجنبى (وفسخ الآخر) البيع (اعتبر السابق) اذا كان او اجازه او جوده فى زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الآخر بعده لغو (وان كانا) اى اللفظان وهما الاجازة والفسخ (معا) اى مجتمعين بان اجاز واحد وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) اى فالمعتبر الفسخ فى رواية لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لاجله وكان اولى كما فى الاختيار وصححه قاضيخان وقال الزيلعى وهو الاصح وبه جزم المص وكثير من المتون فكان هو المذهب وقيل رجح تصرف العاقد نقضا او اجازة لان الصادر من نيابة لا يصلح معارضا للصادر عن اصالة وفى البحر لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز (فلو باع) شخص

(عبدين) مسميين بالقابل والمقبول على انه (بالخيار في احدهما) اى في احد العبدين ثلثة ايام (فان عينه) اى عين محل الخيار بان قال على انى بالخيار في القابل مثلا (وفصل ثمن كل) واحد منهما بان قال القابل بالف والمقبول بالف ومائة (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين (والا) اى وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار او ان يفصله ولم يعينه او ان لا يفصله ويعينه (فلا) يصح البيع لجهالة الثمن والمبيع او احدهما فهذه اربعة انواع واما بيع عبد على انه بالخيار في نصفه فجاز بلا تفصيل لان النصف من الواحد لا يتفاوت وكذا الحكم في بيع شئ من الكيلى او الوزنى بالخيار في نصفه لان ثمن الكل اذا كان معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لا يمنع الصحة والجواز ولا فرق بين ان يكون الخيار للبائع او للمشترى كما في العينى (ويجوز خيار التعيين) للمشترى (وهو بيع احد الشيئين او ثلثة) اشياء (على ان يأخذ المشترى ايا شاء) من الاثنين او الثلثة والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار لاحتياج الناس الى اختيار من يثق به واختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا في البيع فكان في معنى ما ورد به الشرع والجهالة لا توجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة ولا منازعة في الثلاث لتعين من له الخيار (ولا يجوز في اكثر من ثلثة) اشياء لعدم الحاجة اليها لاشتمال الثلثة على الجيد والردى والوسط فما فوقها باق على القياس لان ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلث وفي البحر يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشترى (ويتقيد تخيره بمدة خيار الشرط على الاختلاف) بين الامام وصاحبيه يعنى بثلثة ايام عنده وبمدة معلومة عندهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط كما يشعر به كلام المص وهو المذكور في الجامع الكبير والمبسوط قالوا ووضعها في الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاق لا لانه شرط قال فخر الاسلام وهو الصحيح (والمبيع واحد) من الشيئين او الثلثة في هذه الصورة (والباقى امانة) في يد المشترى ثم فرعه فقال (فلو قبض) المشترى لانه لو لم يقبضه فهلك بطل البيع (الكل فهلك) في يده (واحد او تعيب) في يده واحد (لزم البيع) بالثمن (فيه) اى في الهالك او المتعيب لامتناع الرد بالهلاك او بسبب العيب الذى حدث فيه عنده (وتعين الباقى للامانة) في يده

لان الداخل تحت العقد احدهما والذى لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا طريق الوثيقة وكان امانة فى يده فبرده (وان هلك الكل) فى يده (رد) اى المشترى (نصف ثمن كل) ان كان شيئين (او ثلثه) ان كان ثلثة لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الاول بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث بقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لان المعيب محل لابتداء البيع وكذا التعيين بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له ان يردهما وان كان قبله خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما فى المنح (وليس له) اى للمشترى بخيار التعيين (رد الكل) للزوم البيع فى احدهما (الا ان ضم اليه) اى الى خيار التعيين (خيار الشرط) فحينئذ له رد الكل فى مدته لانه امين فى احدهما فيرده بحكم الامانة وفى الآخر مشتر وقد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد احدهما (ويورث خيار العيب) يعنى لو مات من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان مخصوصا بتعيين ملكه المخلوط رضاء صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك اليه مخلوطا بملك الغير (و) يورث (خيار العيب) لان المورث استحق المبيع غير معيب فكذا الوارث فله رده ان كان معيبا وهذا معنى الارث فيهما فلا ينافى ما قيل انهما لا يورثان اى بنفسهما كيف والارث فيما يقبل الانتقال (لا) يورث (خيار الشرط و) خيار (الرؤية) لانهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد وقال الشافعى يورث خيار الشرط لان الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان فله خيار الشرط والانسب ذكر مسئلة الارث وعدمه فى آخر الخيارات كما لا يخفى تدبر (ولو اشتريا) اى الرجلان شيئا (على انهما بالخيار فرضى احدهما بالبيع) بان اسقط خياره (لا يرد الآخر) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا له ان يرده وهو قول الائمة الثلثة لانه لو لم يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وله ان رد احدهما دون الاخر يوجب عيبا فى المبيع لم يكن عند البائع اعنى عيب الشركة وخصصه فى البحر بما اذا كان بعد القبض اما قبله فليس له الرد يعنى اتفاقا فان قلت بيعه منهما رضاء منه بعيب التبعيض قلت اجيب بانه ان سلم فهو رضى به فى ملكهما لا فى ملك نفسه كما فى المنح قيد بالمشتريين لان البائع لو كان اثنين والمشترى واحدا وفى البيع خيار شرط او عيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الاخر تحكم

الخيار جاز اتفاقا كما في شرح المجمع (وعلى هذا) الخلاف (خيار العيب) يعني لو اشترياه فرضي احدهما بعيب فيه لا الاخر (و) خيار (الرؤية) يعني لو اشتريا شيئا لم يرياه ثم رآه احدهما ورضي لا الاخر قال في المنح ويلزم البيع لو اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين فرضي احدهما دون الاخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا هذا عند الامام كما في الخانية (ولو اشترى عبدا على انه خباز) وفي المعراج قوله على انه خباز اي عبد حرفته هذا لانه لو فعل هذا الفعل احيانا لا يسمى خبازا (او كاتب فظهر) العبد (بخلافه) اي بخلاف ما ذكره بان كان غير خباز او غير كاتب (اخذه) اي المشتري (بكل الثمن) المسمى ان شاء لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن كما اذا اشترى دارا او ارضا على ان فيها كذا وكذا بيتا او نخلة فوجدها ناقصة جاز البيع وله الخيار (او ترك) ان امكن وهو قول الشافعي لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط ويثبت بفواته الخيار للمشتري لانه لم يرض بالعبد دونه وهذا الاختلاف اختلاف نوع لا اختلاف جنس لقلة التفاوت فلا يفسد العقد بعدمه بخلاف شرائه شاة على انها حامل او تحلب كذا رطلا او عبدا يكتب كذا وكذا حيث يفسد البيع في ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول لا وصف مرغوب حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او كلبا على انه صيود او اشترى جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى قيدنا بان امكن لانه ان تعذر الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البايع بالنقصان في ظاهر الرواية وهو الاصح وفي المنح لو قال احد المتبايعين شرطنا الخيار وانكر الاخر فالقول قوله كما في دعوى الاجل والمضي فان القول للمنكر اشترى جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قائلا بانها المشتراة فتنازع البايع والمشتري فقال البايع غيرت والمبيعة ليست كذلك وانكر المشتري التغير وليس للبايع بينة فالقول للمشتري مع اليمين وجاز للبايع وطئها ولو قال البايع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول للمشتري ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البايع رده عليه

(فصل)

في خيار الرؤية (من اشترى ما لم يره جاز) اي صح البيع عندنا وعند الشافعي في القول الجديد لا يصح وفي الكفاية الخلاف فيما اذا كان المبيع قائما بين

يديهما موجودا كما اذا اشترى زيتا فى زق اوبرا فى جوالق اولؤلؤا فى كم اوشيئا مسمى موصوفا اومشارا اليه اوالى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم حتى لولم يكن كذلك ولم يشر اليه اوالى مكانه لايصح البيع اتفاقا وموضع الخلاف فى المبيع اذ لاخيار فى الثمن الدين واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع له ان المبيع مجهول الوصف وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه السلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه وفى البحر واراد بمالم يره مالم يره وقت العقد ولاقبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز وصارت الرؤية من افراد المعنى المجازى ليشمل ما اذا كان المبيع يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى وفى المنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره (وله) اى للمشترى (رده) اى الشئ الذى اشتراه ولم يره (اذا رآه مالم يوجد) من المشترى (ما يبطله) اى الخيار وفى البحر اختلفوا هل هو مطلق اومؤقت فقيل مؤقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لوتمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم يوجد الاجازة صريحا ولادلالة وقيل يثبت الخيار له مطلقا فيكون له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقط بالقول اوبفعل مايدل على الرضى وهو الصحيح لاطلاق النص والعبرة لعين النص لالمعناه (وان) وصلية (رضى قبلها) اى له الرد اذا رآه وان قال قبل الرؤية رضيت لانه خيار ثبت شرعا فلا يسقط باسقاطهما بخلاف خيار الشرط والعيب وفى شرح المجمع ثم ان اجازه بالقول قبل الرؤية لايزول خياره لانه ثبت عند الرؤية فلا يبطل قبل وقتها وان اجازه بالفعل بان تصرف فيه يزول كما سيجئ واما الفسخ بالقول فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد لان اللزوم يعتمد تمام الرضى وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية (ولاخيار لمن باع مالم يره) لان النبى عليه السلام اثبت الخيار فى الشراء لا فى البيع وقضاء جبير بن مطعم بمحضر من الاصحاب فى الشراء لا فى البيع وهو قول الامام آخرا رجع اليه وفى قوله الاول له الخيار اعتبارا بالمشترى كخيار العيب والشرط (ويبطل) من الابطال (خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط) من صريح ودلالة وضرورة فالفعل للامتحان لايبطلها ان لم يتكرر كما فى اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لانه قد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى تدبر (من تعيب وتعيب فى يده) قبل الرؤية بعيب لايرتفع كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا (وتعذر) مصدر مضاف معطوف على قوله تعيب (رد بعضه) بسبب هلاك بعضه لانه لورد بعضه الباقى لزم تفريق الصفقة (وتصرف) من المشترى (لايفسخ) صفة تصرف (كالاعتاق

وتوابعه) من التدبير والاستيلاد (او) تصرف من المشترى (يوجب حقا للغير كالبيع المطلق) اى كالبيع بغير قيد الخيار (والرهن والاجارة) والهبة بتسليم (قبل الرؤية وبعدها) لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع بطلان الخيار فمعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عند الرؤية (وما) اى التصرف الذى (لايوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة) اى العرض على البيع (والهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية (بعدها) اى بعد الرؤية (لاقبلها) لان هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضى فانه لايبطل قبلها بل بعدها وهنا لايوجد الا الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها توجد مع الرضى حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية مايبطل خيار الشرط غير منعكس فلايقال مالايبطل خيار الشرط لايبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فانه يبطل خيار الرؤية والعيب لاالشرط وهلاك بعض المبيع لايبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية واورد صاحب البحر على الكنز والهداية فى هذا المحل فليطالع (وكفت رؤية وجه الرقيق) فى سقوط الخيار سواء كان امة اوعبدا لان الحق فى الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوى فى سائر الاعضاء (و) رؤية (وجه الدابة وكفلها) اى لايسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه كالوجه هو الصحيح كما فى المحيط واكتفى محمد بالنظر الى وجهها اعتبارا بالادمى وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الامام فى البرذون والبغل والحمار يكفى ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية كما فى البحر (وفى شاة اللحم) اى الشاة التى لحمها مقصود (لابد من الجس) وهو اللمس باليد لانه يعرف به اللحم المقصود (وفى شاة القنية) هى التى تحبس لاجل النتاج (لابد من رؤية الضرع) لانه هو المقصود منها وفى الجوهرة ولواشترى بقرة حلوبا فرأى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود لكن فى البحر لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فان فى بعض العبارات مايوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى فعلى هذا لوقال لابد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما فى الاختيار لكان اولى تدبر (ورؤية ظاهر الثوب اذا لم يكن معلما كافية) لان رؤية ظاهره يعلم حال البقية اذلاتفاوت اطراف الثوب الواحد الايسيرا (ورؤية علمه) كافية (ان) كان (معلما) لان ماليته تتفاوت بحسب علمه اطلق فى هذا لكن فى المحيط مقيد بما اذاكان مطويا هذا

اذا لم يخالف باطن الثوب ظاهره اما اذا اختلفا فلابد من رؤية الباطن فرسل شيئا في عرفهم اما في عرفنا فالظاهر الباطن لايسقط خياره لانه ليس بمثلي فلا يعرف كله بدون تشيره ولابد منه وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ماقال زفر وهو المختار كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر قول زفر ويعتمد عليه (ورؤية داخل الدار) كافية (وان) وصلية (لم يشاهد بيوتها) عند ائمتنا الثلثة (وعند زفر لابد من مشاهدة البيوت وعليه) اي على قول زفر (الفتوى اليوم) قال في التبيين وغيره وفي عامة الروايات اذا رأى صحن الدار او خارجها يسقط خياره لكن هذا مبنى على عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لاتختلف وذلك يظهر برؤية خارجها واما في زماننا اليوم فلابد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر رؤية ماهو المقصود في الدور حتى لو كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلا تشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون مقصودا وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديارنا وفي الخزانة ان الفتوى في بيت الغلة على انه تكفي رؤية خارجه لانه غير متفاوت وتكفي في البستان رؤية خارجه ورؤس اشجاره في ظاهر الرواية لكن في البحر قالوا لابد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة ورؤيته من خارج الزجاجة لاتكفي حتى يصبه في كفه عند الامام لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وكذا لو اشترى سمكا في ماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء فرؤيته لاتكفي على الصحيح (وان رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه) لانه لو لزمه يكون الزاما للبيع بما لم يره وانه خلاف النص وكذا الاجازة في البعض لايكون اجازة في الكل ولا تصح الاجازة في البعض ورد الباقي كما في الاختيار (ومايعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله) وفي الاختيار والاصل اذا كان المبيع اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ ونحوها لايسقط الخيار الا برؤية الكل لانها تتفاوت وان كان مكيلا او موزونا وهو الذي يعرف بالنموذج او معدودا متقاربا كالجوز فرؤية بعضه تبطل الخيار في كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف الا ان يجده اردى من النموذج فيكون له الخيار وان كان المبيع مغيبا تحت الارض كالبصل والثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز

والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه نموذجا ورضى به فان كان مما يباع كيلا كالبصل اووزنا كالثوم يبطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند الامام لا وان كان مما يباع عددا كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خياره لما تقدم (وفي يطعم لا بد من الذوق) لانه المعرف للمقصود وان كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك وفي الولوالجية اشترى نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والرؤية جميعا كما في البحر (ونظر الوكيل بالشراء او القبض) اى قبض المبيع (كاف لا نظر الرسول) وفي الدرر اعلم ان هنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه ورؤية الوكيل الثاني تسقط عند الامام اذا قبضه بالنظر اليه فحينئذ ليس له وللوكيل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لا يسقط لانه اذا قبض مستورا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لا تسقط الخيار بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (هو) اى الرسول (كالوكيل) وفي الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول في عدم اسقاط رؤية الخيار لان عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه انما الخلاف في الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان رؤيته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشترى وعندهما لا يسقط رؤية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملكه ما لم يصر وكيلا به وعبارة المص لا تقبل الاصلاح اصلا ولا يمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى فلا يصار اليه انتهى هذا ظاهر لكن يمكن ان يقال وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اى هما سواء في عدم اسقاط رؤيتهما الخيار تأمل (وبيع الاعمى وشراؤه صحيح) وعند الشافعي في قول لا يصح لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا او لم يجد وكيلا بشراء ما يطعم به (وله) اى الاعمى (الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره ومن اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه بالحديث كما في الهداية

وفي العناية فيه نظر لان قوله عليه السلام ما لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير فالاولى ان يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع انتهى لكن ان اراد بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غايته كون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ويكفي فيهما امكان الرؤية بان يكون من شانه وذلك يتحقق بالآدمية وان لم يره دائما فيندفع به النظر (ويسقط بجسه) اى بجس الاعمى (المبيع) ان كان مما يعرف بالجس كالغنم مثلا (او شمه) ان كان مما يعرف بالشم كالمسك (او ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل (فيما يعرف بذلك) اى بالجس او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان هذه تفيد العلم كالبصير فيقوم مقام الرؤية (وبوصف العقار له) اى للاعمى لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول الامام وقال بعض ائمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضاء فلا خيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمى قبل رؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قيل اعلم هذا كله اذا وجدت المذكورات من الشم والذوق والجس ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح (ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الآخر فوجده معيبا فله اخذهما او ردهما) اى رد الثوبين ان شاء لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره (لا رد احدهما) اى لا رد المعيب وحده لئلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام على البائع لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل (ومن رأى شيئا) قاصدا لشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئيه وقت الشراء (ثم شراه) بعد زمان (فوجده متغيرا تخير) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره (والا) اى وان لم يتغير عن الصفة التي رآها عليها (فلا) يتخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضي به ما دام على تلك الصفة وانما قيدنا قاصدا لشرائه عند رؤيته لانه لو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار لانه اذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم يقع معرفة كما في البحر وانما قيدنا عالما بانه مرئيه وقت الشراء لانه لو لم يعلم عند العقد انه

رآه من قبل فحينئذ ثبت له الخيار لعدم الرضا به كما في الهداية فعلى هذا ان المص لو قيد بهذين القيدين كما قيدنا لكان اولى تأمل (وان اختلفا في تغيره) فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع) مع يمينه وعلى المشتري البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول للمشتري لان الظ شاهد له وفي البحر ولا يصدق في دعوى التغير الا بحجة الا ان تطول والشهر طويل ومادونه قليل وفي الفتح جعل الشهر قليلا (وان) اختلفا (في الرؤية) فقال البائع له رأيت قبل الشراء وقال المشتري ما رأيت اوقال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية (فللمشتري) اى فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعى امرا عارضا وهو العلم بالصفة والمشتري ينكره فالقول له وفي البحر لو اراد المشتري ان يرده فانكر البائع كون المردود مبيعا فالقول للمشتري وكذلك في خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقي ملك البائع في يده فيكون القول قول القابض في تعيين ملكه امينا كان اوضمينا كالمودع والغاصب ولو اختلفا في الرد بالعيب فالقول للبائع (ومن اشترى عدل زطي) ولم يره وقبضه والعدل المثل والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية (فباع منه) اى من العدل (ثوبا اووهب) لاخر (وسلم فله ان يرده) اى للمشتري ان يرد مابقي (بعيب لابخيار رؤية اوشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد مابقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلامنا فيه فان عاد اليه ذلك الثوب بفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابي يوسف لا يعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضيخان

(فصل في خيار العيب)

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه (مطلق البيع) الاضافة من قبيل اضافة الصفة الى موصوفها والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب (يقتضي سلامة المبيع) عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهي وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا (فلمن وجد في مشريه) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء (عيبا) كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض اوراه ولكن لم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر ان كان عيبا بينا لا يخفى على الناس كالعور لم يكن له ان يرده وان كان يخفى يرد (رده) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن (اواخذه

اى اخذ المشترى المبيع المعيب (بكل ثمنه) لانه مارضى عند العقد الا بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير (لا امساكه ونقص ثمنه) اى لا يتخير بين امساكه وبين اخذ نقصان الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الاثمان (الا برضى بايعه) اى بان امسك المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه والمراد عيب كان عند البايع وقبضه المشترى من غير ان علم به ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضاء به بعد العلم بالعيب (وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرض اهله كما فى العناية (فالاباق) كالكتاب لغة الاختفاء وشرعا استخفاء العبد او الجارية عن المولى تمردا (ولو) وصلية الى (مادون السفر من صغير يعقل) هو يأكل ويشرب وحده (عيب) افراره عن العمل لخبث فى طبعه وفيه اشارة الى ان اباق الصغير الذى لا يعقل ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لحبه اللعب لا آبق وفى القهستانى وليس باباق لو فر من محلة الى محلة او قرية الى بلد وان العكس فاباق انتهى لكن الاشبه ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما فى التبيين (وكذا السرقة) واللام للعهد اى سرقة صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفى غير عاقل لا لانها صادرة بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره لكن سرقة المأكول من المولى للاكل ليست بعيب (والبول فى الفراش) من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفى غير عاقل لا يعد عيبا لظهوره من ضعف المثانة ولعدم التدارك (وهى) اى الاباق والسرقة والبول فى الفراش (فى الكبير عيب آخر) ثم فرعه بقوله (فلو ابق او سرق او بال) فى الفراش (فى صغره) عند البايع (ثم عاوده) اى عاود كل واحد منها (عند المشترى فيه) اى فى الصغر (رده) اى رد المشترى بكل واحد منهما على البايع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد السبب وهنا مسئلة عجيبة وهى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش وتعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر للبايع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ (وان ابق) او سرق او بال عند البايع فى صغر (ثم عاوده عنده) اى عند المشترى (بعد البلوغ لا) اى لا يرده لان ما يعاود بعد البلوغ يكون عيبا آخر لاختلاف السبب (والجنون) المطبق وقيل اكثر من يوم وليلة

وقيل من ساعة عيب في الغلام والجارية (مطلقا) سواء كان في حال صغره اوكبره فلوجن في صغره عند البايع (وعاوده عند المشترى فيه) اى في صغره (اوفي كبره رد به) لان الثاني عين الاول اذ معدن العقل هو القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لايختلف باختلاف السن قيل يكفي في الرد جنونه عند البايع فقط لكن الصحيح انه لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور (والبخر) بفتحتين والخاء المعجمة نتن رائحة الفم وفي البزازية نتن رائحة الانف والذفر بفتحتين والذال المعجمة شدة الريح طيبة اوخبيثة ومرادهم نتن الابط وبالدال المهملة مصدر دفر اذاخبث رائحته وبالسكون اسم منه كافي الطلبة وغيره ومن الظن ان في المغرب مرادهم منه حدة الرائحة منتنة اوطيبة فانه قال اراد منه الصنان بضم المهملة وهو نتن الابط على ان عد الرائحة الطيبة من العيوب عيب لايخفى على عاقل كافي القهستاني (والزنا والتولد منه) اى من الزنا كل من هذه الاربعة (عيب في الجارية) لان ذلك يخل بالمق منها فالبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من الزنا بطلب الولد (لافي الغلام) اى ليس هذه الاشياء عيبا في العبد لان المطلوب منه الاستخدام من بعد وهذه الاشياء لاتخل به (الاان يكون) البخر والذفر (من داء) وهو استثناء من مقدر تقديره ان المذكور لايكون عيبا في الغلام كل الاحوال الاان يكون البخر والذفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى اويكون الزنا عادة له بان تكرر اكثر من مرتين ولا يشترط المعاودة عند التبراء في الزنا كافي اكثر الكتب فعلى هذا اوقال بعده اويكون الزنا عادة له لكان اولى (قيل ان البخر عيب في الامرد وهو الاصح كافي الخلاصة وفي العمادية لوكان الغلام يلاط به مجانا فهو عيب وبالاجر ليس بعيب وعند الائمة الثلاثة ان ماذكر عيب في العبد ايضا (والاستحاضة عيب) لان استمرار الدم علامة الداء (وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة) لااقل قيد بسبع عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عند الامام وعندهما خمس عشرة سنة لان الحيض هو الاصل في بنات آدم وهودم صحة فاذالم تحض فالظاهر انه عن دائها ولذا قالوا لاتسمع دعواه بانقطاعه الااذاذكر سببه من داء اوحبل لان ارتفاعه بدونهما لايعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول طبيبين عدلين (ويعرف ذلك) اى المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض (بقول الامة) لانه لايعرفه غيرها ولكن لايرد بقولها (فترد) الامة (اذاانضم اليه اى الى قول الامة (نكول البايع قبل القبض وبعده) يعني اذاقالت الامة ذلك وانكره البايع يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض اوبعده ترد عليه

بنكوله في ظاهر الرواية (وهو الصحيح) وعن ابي يوسف ترد بلا يمين البائع اضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضاء وصحح الفتح لانه الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره الثاني واراد في انقطاعه في مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلاثة اشهر عند الثاني واربعة اشهر وعشر عند الثالث وانقطاعها من وقت الشراء وحاصله انه اذا صحح دعواه سئل البائع فان صدقه ردت عليه والا استحلف عند الامام كما سيأتي وان اقر به وانكر كونه عنده حلف فان نكل ردت عليه ولا تقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة كما في البحر وغيره (والكفر عيب فيهما) اي في الغلام والجارية لعدم الائتمان على المصالح الدينية وعند الشافعي ليس بعيب ومن اغرب ماذكره الزيلعي رواية عن الشافعي انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما يرده حيث يكون الاسلام عيبا ولا يكون الكفر عيبا (وكذا الشيب) بالشين المعجمة عيب وكذا الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لانه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر فيصير عيبا على التقديرين وكذا الصهوبة بضم المهملة حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تقرب الى البياض (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى اطلقه فشمل دين العبد والجارية وما اذا كان مطالبا به للحال او متأخرا الى ما بعد العتق مأذونا او محجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذي يطالبه به في الحال بسبب الاذن لا الدين المؤجل الى العتق ولا المحجور لان دينه لا يطلب الا بعد العتق فلا يكون عيبا كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيده بهذين القيدين لكان اولى تأمل (والسعال القديم) يعرفه الاطباء واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول (والشعر والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل وكثرة الدمع والغرب في العين والعشى وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل والعمش والشتر والحول والجرص وهو نوع من الحول والجرب في العين وغيرها وقد ذكر المص اولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه في كلامهم تكثيرا للفوائد ففي العيوب المشتركة بين العبد والامة الشلل والشلم والصمم والخرس والفرج والسن الساقطة والشاغية والسوداء والخضراء وفي الصفراء خلاف ووجهها والاصبع الزائدة والناقصة والظفر الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل باليسار عجزا والثؤلول والخال ان كانا قبيحين منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والنكاح

والقمار بالنرد ونحوه والامراض والكي وتشنج في الاعضاء وكثرة الاكل وقيل في الجارية عيب لا في الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم استمساك البول والحمق وغيرها ومن المختصة بالعبد العنة والخصي بخلاف ما لو وجد فحلا اذا اشترى على انه خصي والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان كبيرا والرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي ان كثر فان قل لا ومحلوق اللحية او منتوفها اذا اشترى امرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر ومن المختصة بالامة الرتق والقرن والعفل والحبل والمغنية وعدة رجعي والولادة عند البائع او قبله وثقب في الاذنين ان واسعا ومحترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة او سوداء وفي البزازية وان اشتراها على انها جميلة ووجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشتري من ازالته بلا مشقة لا يرد به كاحرام الجارية ومنها ما في الحيوانات من الحرون والحرن والجمح والفدع والصكك والفحج والمشش والدخس وخلع الرأس والجمام والصدف والشدق والعثر والعزل وقلة الاكل ومص لبنها جميعا وعدم الحلب ان كانت مثلها تشترى للحلب وان للحم لا وما يمنع التضحية في المضحي ومما في غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة مسوسة وضيق احد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير في الجدار وكثرة بيوت النمل في الكرم او كان فيه ممر الغير او مسيل الغير والنز والسبخ وكون الآية ساقطة او الخطاء في المصحف وعدم مسيل في الدار وعدم الشرب في الارض او مرتفعة لا تسقى ونجاسة ما ينقصه الغسل وذكر قاضيخان ان فوات المشروط بمنزلة العيب (فان ظهر عيب قديم) اي كائن عند البائع بعد ما حدث (عند المشتري) اي عيب آخر (رجع بالنقصان) لان تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن (كثوب شراه فقطعه) اي الثوب (فاطلع) المشتري (على عيب فليس له الرد) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفا (الا ان يرضى البائع) استثناء من المسئلتين جميعا (باخذه كذلك) اي معيبا او مقطوعا (فله) اي للبائع (ذلك) اي الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضاء (حتى لو باعه المشتري) بعد ما حدث عيب آخر (سقط رجوعه) بالنقصان لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضاء البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع وبعد امتناع الرد لا تأثير له (فان خاط) المشتري بعد ما قطع (الثوب او صبغه احمر) قيد به لتكون الزيادة في المبيع ثابتة اتفاقا

لانه لوصبغه اسود يكون نقصانا عنده كالقطع وقالا يكون زيادة (اولت السويق بسمن) اى لوكان المبيع سويقا فخلطه بسمن (ثم ظهر عيبه رجع) على البائع (بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهى قسمان متولدة من الاصل كالجمال حيث لا يمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فانه يمنع ومنفصلة وهى ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر فانه يمنع الرد اذا حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير متولدة منه فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ واذا فسخ تسلم الزياده للمشترى (وان باعه اى باحده) فقد لحق الشرع والرضى من المشترى لوجود الربا (حتى او باعه) اى المشترى الثوب المخيط او المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن (بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع) لان الرد يمتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ومن هذا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان بخلاف ما لو كان الولد كبيرا لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه وهذا مبنى على ما فى الفوائد الظهيرية من ان الاصل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضى البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان قبله البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان كذا فى البحر (وان اعتق) المشترى المبيع (بلا مال اودبر او استولد) قبل العلم بالعيب لانه بعد العلم لا يرجع (ثم ظهر العيب رجع) بنقصان العيب اما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع وهو قول الشافعى واحمد لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه على خلاف الاصل موقتا الى الاعتاق فكان انهاء كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك وبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانهما وان كانا لا يزيلان الملك الا ان المحل بهما يخرج عن ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك وقد تعذر الرد مع بقاء الملك فيرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) يرجع بنقصان العيب (ان ظهر) عيب قديم (بعد موت المشترى) لان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله (وان اعتق) المبيع (على مال او قتله لا يرجع بشئ) لانه حبس بدله فى الاعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل وعن الامام وهو قول ابى يوسف والشافعى انه يرجع لان البدل والبدل ملكه فصار

كالاعتاق مجانا والكتابة كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها واما القتل فلانه لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط هنا باعتبار الملك ان لم يكن مضمونا فان كان مضمونا عند السيد فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه يوجب الضمان لا محالة هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكأنه مات حتف انفه (وكذا) لا يرجع بالنقصان لو اكل الطعام كله او بعضه) حال كونه في وعاء واحد فان كان في وعائين فاكل ما في احدهما او باع ثم علم بعيب كان بكل ذلك فله رد الباقي بحصته من الثمن كما في الحقائق (اولبس الثوب فتخرق) ثم اطلع على عيب (لا يرجع) بالنقصان عند الامام (خلافا لهما) فانه يرجع بالنقصان عندهما وفي المنح ثم قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في بعض دون الكل فيتوقف على رضائه وقال محمد يرد الباقي مطلقا لان رده ممكن حيث لا يضره التبعيض ورجع بالنقصان فيما اكله لتعذر رده وعند الامام لا يرجع بشيء وقد اعتمده صاحب الكنز وغيره قال في النهاية وقالا يرجع استحسانا في الاكل ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق وعنهما يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما اكل وعليه الفتوى وفي البحر ان الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة وفي المجتبى اذا اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي عند محمد وبه يفتى وان باع نصفه لا يرجع ويرد ما بقي عنده وبه يفتى ايضا ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع وان اطعم عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا واكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى كما في البحر وفي القنية ولو كان غزلا فنسجه اوفيلقا فحله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع (وان شرى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره) فيتبين به لانه لو اطلع قبل كسره فانه يرده (فوجده فاسدا) بان كان منتنا او مرا (فان كان ينتفع به) في الجملة بان صلح لاكل بعض الناس او الدواب (رجع بنقصانه) دفعا للضرر بقدر الامكان ولا يرده لان الكسر عيب حادث الا انه يقبلها البائع مكسورا ويرد الثمن وقال الشافعي يرده (والا) اي وان لم ينتفع به اصلا (فبكل ثمنه) اي يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار القشر (ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد والاثنين) في المائة (صح البيع) استحسانا لانه لا يخلو عادة

ولاخيار له كالتراب في الحنطة الا ان يعده الناس عيبا فله الرد (والا) اي وان لم يكن قليلا بل كثيرا (فسد) البيع في الكل (ورجع بكل ثمنه) عند الامام لجمعه في العقد بين ماله قيمة وما لاقيمة له وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا ولو قال المص فوجده معيبا مكان فاسدا لكان اولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر وفي الفتح لو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز وفي البحر اشترى عددا من البطيخ او الرمان او السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقي الا ان يبرهن ان الباقي فاسد ولو وجد في المسك رصاصا اميزه ورده بحصته قل او كثر (ومن باع ما شراه) با خر (فرد عليه) اي بايع ما شراه (بعيب) اي بسبب عيب (بقضاء) بعد قبضه (باقرار) وقيد القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة كما في الهداية وانما اول بهذا لانه لو لم ينكر الاقرار لايحتاج الى القضاء بل رد عليه باقراره بعيب فاذا رده بلا قضاء لا يرد على بايعه كما في اكثر الشروح لكن لا حاجة الى هذا التاويل لانه لايمكن ان ينكر اقراره مع انه لا يرضى بالرد فيرد بالقضاء فلايكون بيعا لعدم الرضا كما في التسهيل (او نكول) عن اليمين (او بينة رده على بايعه) الاول لانه بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما في الهداية ومنهم من جعله قول ابي يوسف وعند محمد ليس له ان يخاصم بايعه لتناقضه وعامته على انه سبق منه جحود نصا بان قال بعته وما به هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له ان يخاصم بايعه ومنهم من حملها على ما اذا كان ساكتا والبينة تجوز على الساكت وبخلاف الساكت ايضا لتنزله منزلة منكر كما في البحر (ولو قبله برضاه لا يرده عليه) اي على بايعه الاول وقيل في عيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البايع الاول والاصح انه لا يرد عليه في الكل كما في الرمز هذا اذا كان الرد بعد القبض اما قبله فله ان يرده على بايعه الاول وان كان بالتراضي في غير العقار كما في المنح وغيره (ومن قبض ما شراه ثم ادعى عيبا لايجبر) المشتري (على دفع ثمنه) الى البايع لاحتمال ان يكون صادقا في دعواه (بل يبرهن) المشتري اي يقيم البينة لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع عند المشتري لانه ان لم يوجد عنده ليس له ان يرده وان كان عند البايع لاحتمال انه زال فاذا برهن انه وجده عنده يحتاج ان يبرهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده (او يحلف بايعه) على دعواهما لانه ان اقر به رده فاذا انكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا

العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما
(فان قال) الظاهر بالواو (شهودى غيب) جمع غائب (دفع) الثمن
(ان حلف بايعه) لان فى الانتظار ضررا بالبايع وليس فيه كثير ضرر على
المشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه (ولزم العيب ان نكل)
البايع لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود وفى عبارة الهداية هنا كلام فليراجع
بشروحها (ومن ادعى) اى المشترى (اباق مشتريه) اى اباق الرقيق الذى
اشتراه فنكر البايع (يبرهن) المشترى (اولا انه) اى الرقيق (ابق عنده)
يعنى لاتسمع دعوى المشترى هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة
انه ابق عنده تسمع دعواه بعد ذلك (ثم يحلف بايعه) على البتات مع انه
فعل الغير ويقال فى كيفية التحليف (بالله لقد باعه وسلمه ومابق قط) وفى المنح
هذا هو الاحوط انتهى لكن فى هذا الوجه ترك النظر للبايع لان قوله ومابق
قط شامل للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه اولم يقدر على الرجوع
اليه وليس بعيب (او بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى) المشترى
(او بالله مابق عندك قط) كما فى الكنز لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر
للمشترى لانه لا يتناول الاباق من المودع والمستأجر والمستعير
والغاصب لاالى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب (لا)
يحلف بان يقال (بالله لقد باعه وما به هذا العيب) لان العيب قد يحدث
بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر المشترى (اولقد باعه وسلمه
وما به هذا العيب) اذ يمكن ان يأول البايع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا
عند البيع والتسليم معا فيتضرر المشترى (وفى اباق الكبير) اى اذا كانت الدعوى فى
اباق الكبير (يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق فى الصغر لايوجب
الرد وفى الدرر ينبغى ان يكون الحكم فى البول فى الفراش والسرقة ايضا كذلك
لاشتراكها فى العلة واليه اشار فى الغاية بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط فى العيوب
الثلثة (وعند عدم بينة المشترى على اباقه عنده) اى المشترى (يحلف البايع
عندهما انه مايعلم انه) اى العبد (ابق عنده) اى المشترى لان الدعوى
صحيحة حتى تترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام)
فقيل يحلف وقيل لا وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب (فان نكل) البايع عن اليمين
(على قولهما) ثبت اباقه عند المشترى و (حلف ثانيا) للرد (كما مر) فان بنكوله
ثبت العيب عند المشترى هذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضى ولا يعرف هى حادثة
عند المشترى ام لا واما العيوب التى لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة والناقصة والعمى

فان القاضي يقضي بالرد بعد تحليفه لتقدمه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضاه وابراءه بطرفه (ولو غاب بايعه بعد التقابض) اي بعد قبض المشتري المبيع والبائع الثمن (بعتك هذا مع آخر وقال المشتري) لا (بل) بعت هذا (وحده فالقول له) اي المشتري مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما في الوديعة والغصب (وكذا) يكون القول للمشتري (لو اتفقا في قدر المبيع واختلف في قدر المقبوض) لما مر من ان القول للقابض (ولو اشترى عبدين صفقة) اي في عقد واحد (وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالآخر عيبا ردهما) اي العبدين جميعا (او اخذهما) جميعا (ولا يرد المعيب وحده) اي ليس للمشتري ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وعن ابي يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والاصح الاول لان تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل (الا ان ظهر العيب بعد قبضهما) لانه تفريق بعد التمام فلا يمتنع الرد وحده خلافا لزفر ووضع المسألة في عبدين لكونه يمكن الانتفاع باحدهما بلا الآخر ولو لم يمكن كما اذا اشترى خفين ووجد في احدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة اتفاقا لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى ولهذا قالوا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة (ولو) كان المبيع كيليا او وزنيا من نوع واحد (وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا بعد القبض رد كله او اخذه) اي اخذ كله بعيبه لانه كالشيء الواحد فليس له ان ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين وقوله بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان اولى تدبر (وقيل هذا) اي الخيار بين رد الكل او اخذه (ان لم يكن في وعائين والا) اي وان كان في وعائين (فهو كالعبدين) حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) اي بعض الكيلي او الوزني (بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب) قال صاحب المنح استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير في الكل لتفرق الصفقة وان بعد القبض خير في القيمي لا في غيره لان التبعيض في القيمي كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلي وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شائعا فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك ما بقي ورجع على البائع بثمن المستحق وان استحق منها موضع بعينه ان كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق وقال الخصاف له ان يرد الكل ويرجع بالثمن وفي شرح الطحاوي اذا اشترى شيئا ثم استحق بعضه فان كان شيئا لا يمكن تبعيضه الا بضرر كالدار والارض والكرم والعبد يتخير المشتري والا فلا وان قبض المشتري احد المبيعين فيما اذا وقع البيع

على شيئين بحكمة حكم ما قبل قبضهما فثبت الخيار للمشترى سواء ورد الاستحقاق على المقبوض اوغيره لتفريق الصفقة قبل التمام (ومداواة) المشترى (المعيب بعد رؤية العيب وركوبه) اى ركوب المعيب بعدها وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع واللبس والسكنى (رضى) لانه دليل الاستبقاء وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم لايكون رضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو الاختبار كما فى البحر وفى البزازية ان الاستخدام رضا بالعيب فى المرة الثانية على الصحيح الا اذا كان فى نوع آخر وفى التنوير اشترى جارية لها لبن فارضعت صبياله ثم وجد بها عيبا كان له ان يردها كما لو استخدمها وفى الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيو بها فوطئها اوقبلها اولمسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا ويرجع بالنقصان الا اذا رضى البايع (ولو ركبه لرده على البايع اوسقيه اوشراء علفه ولابدله منه فلا) اى لايكون بهذه الاشياء رضى بالعيب للاحتياج اليه قبل الركوب للرد لايكون رضى كيف ما كان وفى البحر ادعى عيبا فى حمار فركبه ليرده وعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركب لينظر الى سيرها فهو رضى وفى الفتح وجد بها عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (ولو قطع) العبد (المبيع بعد قبضه) المشترى (اوقتل بسبب) متعلق بقطع وقتل على التنازع (كان عند البايع رده واخذ ثمنه) فى صورة القطع يعنى اشترى عبدا قد سرق عند البايع ولم يعلم به وقت الشراء اوالقبض فقطعت يده عند المشترى له ان يرده وأخذ ثمنه عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البايع لكن فى القتل لارد بل اخذ الثمن (وقالا) لايرده بل (رجع بفضل مابين كونه سارقا وغير سارق اوقاتلا وغير قاتل ان لم يعلم) المشترى (بالعيب عند الشراء والا) اى وان علم المشترى بالعيب عند الشراء (فلا) والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لان الموجود فى يد البايع سبب القطع والقتل وهو لاينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل فى يد البايع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق وقوله ان لم يعلم بالعيب يقيد على قولهما لان العلم بالعيب رضى به ولايقيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع كما فى البحر وغيره وظاهر كلام المؤلف انه ليس بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب حتى لومات بعد القطع حتف انفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق قيد بكون القطع عند المشترى لانه لوقطعت عند البايع ثم باعه فمات عند المشترى به

فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا وبالقطع لانه لو اشترى مريضا فمات منه
عند المشترى او عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشترى فمات به يرجع بالنقصان
عنده ايضا وكذا لو زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم بالنكاح
ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب كان عند البائع
كما فى الفتح (ولو تداولته الايدى) يعنى العبد وجوب سبب القطع فى يد البائع
لو تداولته الايدى بالبياعات (ثم قطع فى يد) المشترى (الاخير ورجع الباعة)
جمع بائع واصله بيعة على وزن فعلة (بعضهم على بعض) عند الامام
(كالاستحقاق وعندهما يرجع) المشترى (الاخير على بائعه لا) يرجع (بائعه)
اى بائع المشترى (على بائعه) كما فى العيب لان المشترى الاخير لم يصر حابسا
المبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب
كما تقدم (ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان) وصلية (لم يعدد
العيوب) عندنا لان الجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك
لعدم الحاجة الى التسليم وقال الشافعى لا يجوز لان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يجوز لان فيه معنى التمليك وهو يؤدى الى تمليك المجهول وبه احمد
قال وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب
وعددها صحت البراءة عنها كان ابن ابى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع
التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين الامام الاعظم
فى مجلس ابى جعفر الدوانقى فقال له الامام ارايت لو باع جارية فى موضع المأتى
منها عيب او غلاما فى ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يرى المشترى ذلك
الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع
به (ويدخل فى البراءة) عن العيوب العيب (الحادث قبل القبض عند ابى
يوسف) وذكره مع الامام فى المبسوط وفى الخانية انه ظاهر مذهبهما لان المراد
لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث
(خلافا لمحمد) فانه قال لا يدخل فيه الحادث اذ المقصود البراءة عن العيب الموجود
لا على المعدوم فلا يدخل المعدوم واجمعوا انه لو ابرأه من كل عيب به لا يدخل
الحادث ولو قال ابرأتك من كل عيب وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل على
قول ابى يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصح ويدخله بلا تنصيص
ولكن هذا على رواية الاسبيجابى واما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط
باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد وفى التنوير ابراء
من كل داء فهو على ما فى الباطن فى العادة وما سواه مرض اشترى عبدا فقال
لمن يساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق البيع فوجد به عيبا رده على بائعه

ولا يمنعه من الرد عليه اقراره السابق ولو عينه بان قال لم عور به لا رده لا حاطة العلم به قال عبدي هذا آبق فاشتره مني فاشتراه وباع من اخر فوجده الثاني آبقا لا يرده بما سبق من الاقرار ما لم يبرهن انه ابق عنده باع عبدا وقال البائع للمشتري برئت اليك من كل عيب به الا الاباق فوجده آبقا فله الرد ولو قال الا اباقه فوجده آبقا لا اشتر لعبد او امة قال اعتق البائع او دبر او استولد الامة او هو حر الاصل وانكر البائع حلف فان حلف قضى على المشتري بما قاله لاقراره بما ذكر ورجع بالعيب ان علم به حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان وجد المشتري بمشريه عيبا واراد الرد فاصطلحا على ان يدفع البائع الدراهم الى المشتري جاز وعلى العكس لا يصح رضي الوكيل بالعيب لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوي الثمن والا لا ظهر عيب بمشري الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فاذا هلك هلك على المشتري الا اذا قضى بالرد على بايعه الله اعلم

(باب البيع الفاسد)

اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين لانه معصية يجب رفعها وعنونه به وان ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة انواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد قال بعض الفضلاء الفاسد كما يذكر في مقابلة الباطل كذا يذكر في مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل وهو المراد ههنا انتهى لكن فيه كلام لانه يلزم منه ان يشمل الصحيح اذا استعمل في مقابلة الباطل ولا وجه له تدبر واعلم ان البيوع على انواع صحيح وهو المشروع باصله ووصفه وباطل وهو ضده ولا يفيد الملك بوجه وفاسد وهو المشروع باصله دون الوصف ويفيد الملك اذا اتصل به القبض ومكروه وهو المشروع باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهي عنه وموقوف وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير (بيع ما ليس بمال والبيع) اي بيع الشئ (به) اي جعله ثمنا بادخال الباء عليه كان يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا (باطل كالدم) المسفوح (والميتة) التي ماتت حتف انفها لان المنخنقة وامثالها مال عند اهل الذمة (والحر) لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي كما في اكثر الكتب لكن الحر مال في شريعة يعقوب عليه السلام حتى استرق السارق على ما قالوا فلا ينبغي ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما في القهستاني (وكذا) يبطل (بيع ام الولد والمدبر) المطلق الا بالقضاء لقيام المالية ولذلك فصله بقوله وكذا

كما في الاصلاح وفي المحيط وتنفذ القضاء ببيع ام الولد وتوقف على قضاء آخر وفي
الاظهر عدم النفاذ لكن صحح في الفتح النفاذ بقضاء القاضي بجواز قيد بالاطلاق
لان بيع المقيد جائز اتفاقا وعند الائمة الثلاثة بيع المدبر جائز مطلقا (وكذا)
يبطل (بيع المكاتب) لانه استحق يدا على نفسه بعقد الكتابة فلا يتمكن المولى
من فسخه وفي بيعه ابطال ذلك الاستحقاق اللازم في حق المولى فلا يجوز
(الا ان يجيزه) المكاتب ففيه روايتان اظهرهما الجواز لان رضاه به متضمن
لتعجيز نفسه (وكذا) يبطل (بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن) وهو
الدراهم والدنانير حالا او مؤجلا لان المقصود في البيع عين المبيع لانها هي
المنتفع بها لا عين الثمن لانها جعلت وسيلة اليه ولهذا يجوز ثبوته في الذمة
واذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه اعزاز والشرع امر باهانتها
ولهذا بطل بيعها (وكذا) يبطل (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة)
ماتت حتف انفها (وان) وصلية (بين ثمن كل) عند الامام لان الحر غير
داخل في البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن
وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وكذا الميتة (وعندهما
يصح) البيع (في العبد والذكية ان بين الثمن) لان الصفقة متعددة معنى بتفصيل
الثمن والفساد بقدر المفسد فلا يتعداه كما لو جمع بين اخته واجنبية بالنكاح لكن
النظير ليس بحجة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا كذلك البيع تأمل
(وصح) البيع (في قن ضم الى) مملوك له من (مدبر) مطلق او مقيد
او مكاتب او ام ولد فالمملوك اعم خلافا لزفر (او) ضم (الى قن غيره) اي غير
البائع (بالحصة) اي صح بحصة القن في الصورتين وان لم يبين الحصة لان بيع
المدبر وام الولد جائز بالقضاء وبيع المكاتب برضاه كما بيناه فيصير محلا للبيع
فدخلوا ابتداء في العقد ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم بالبيان الحرية
بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم في البيع حيث استحق احدهما
وبيع قن الغير يجوز موقوفا فيصير محلا للبيع وفي الحقائق الجمع بين العبد ومعتق
البعض كالجمع بين العبد والحر (وكذا) صح البيع (في ملك ضم الى وقف
في الصحيح) بالنظر الى اصله الذي هو حبس العين على ملك الواقف فيجوز
بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لا يصح وفي الفرائد هذا في غير المسجد
اما في المسجد فلا يصح في الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن فيه
المساجد والمقابر انتهى وفيه كلام لانه يصح في الملك بصرف الكلام
الى الاستثناء المعنوي وهو الاصح كما في المحيط تدبر (وبيع العرض) اي غير الثمن
(بالخمر او بالعكس) والاولى وبالعكس بالواو اي بيع الخمر بالعرض (فاسد)

فى العرض فيملكه بالعرض ويجب فيه اوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فان الخمر عند البعض مال ولا بالخمر لبطلان البيع فى الخمر حتى لو هلكت عند المشترى لا يضمن لانها غير متقومة عند الشرع (وكذا بيعه) اى بيع العرض (بالخنزير) فاسد فى العرض باطل فى الخنزير كما فى الخمر ولم يذكر بيع الخنزير بالعرض وفى التسهيل وغيره فسد لو قوبل خمر او خنزيرا وشمره بعين سواء بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين مقصودا انتهى فعلى هذا لو قال بيع الارض بالخمر او بالخنزير وبالعكس لكان اخصر واولى تدبر (ولا يجوز بيع طير فى الهواء) ومعناه ان يأخذ صيدا ثم رسله من يده ثم يبيعه واما قيدنا بذلك لان بيع الطير فى الهواء قبل ان يأخذه باطل كما فى البحر هذا اذا كان الطير يطير ولا يرجع اما اذا كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء ثم رجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عود ها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم كما فى التبيين وغيره فعلى هذا لو قيده بقوله لا يرجع لكان اولى تدبر (ولا يجوز بيع (سمك لم يصد)لانه بيع ما لا يملكه كما فى اكثر الكتب وهذا التعليل نفيد بطلانه لما تقرر من ان بيع ما لا يملكه باطل لا فاسد لكن محل وقوعه فاسدا ان كان بالعرض لانه مال متقوم لان التقوم بالاحراز ولا احراز كما فى المنح وفيه كلام لانه ينبغى ان يبطل لان السمك الذى لم يصد ليس بمال اصلا والبيع باطل فيه مطلقا كما قال بعض الفضلاء (او صيد والقى فى حظيرة لا يأخذ منها بلا حيلة) فانه فاسد للعجز عن التسليم (او دخل اليها) اى مسوقا الى الحظيرة (نفسه ولم يسد مدخله) فانه لا يجوز وفى الزاهدى اذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك (وان صيد والقى فيها) اى فى الحظيرة (وامكن اخذه) اى السمك (بلا حيلة صح) بيعه لكونه مقدور التسليم لكن اذا اسلم الى المشترى فله خيار رؤية قيل هذا اذا لم يهيئ الحظيرة او لارض للاصطياد اما اذا هيأها له يملكها بلا خلاف (ولا) يجوز (بيع الحمل والنتاج) وفى الدرر جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه انتهى لكن فى البحر وغيره والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حبل الحبلة والبيع فيهما باطل لنهيه عليه السلام عن بيعهما تدبر (ولا) يجوز بيع (اللبن فى الضرع) فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره كما فى المنح لكن فيه كلام لانه فى صورة كونه انتفاخا يقتضى ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا تأمل قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغى ان لا يجوز بيع الشئ الملفوف الموصوف لانه يحتمل ان لا يوجد شئ او صفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه انتهى وفيه

كلام لان عتم وجدان الوصف المذكور لايقتضي كون الآخر ان لايكون مالا والشيء يقتضي المالية والاعتاق ليس علة والقياس غير جار بعد (وكذا) لايجوز بيع (اللؤلؤ في الصدف) فانه فاسد للغرر وهو مجهول لايعلم وجوده ولاقدره ولايمكن تسليمه الابضرر وهو الكسر كما في المنح لكن في تعليله كلام الان المجهول الذي لايعلم وجوده يقتضي ان يكون بيعه باطلا تأمل (والصوف على ظهر الغنم) لورود النهي عنه ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط المبيع بغير المبيع وفي شرح الوقاية ويعود صحيحا ان قلع النهي لكن في المعراج لوسلم الصوف بعد العقد لم يجز ايضا ولاينقلب صحيحا تأمل (خلافا لابي يوسف فيهما) فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسر التسليم ولاضرر بالكسر لان الصدف لاينتفع به الابالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقدرة التسليم (ولا) يجوز ابيع اللحم في الشاة) لاحتمال ان يكون مهزولا اوسمينا فيفضي الى النزاع (و) لايجوز بيع (ضربة القانص) وهو بالقاف والنون الصائد يقول بعتك مايخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والباء قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغايص وهو الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلى فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالة مايخرج وتمامه في البحر فليراجع (و) لايجوز بيع (جذع) يعني ايجذع المعين لان غير المعين لايعود صحيحا كما في الاصلاح (في سقف وذراع من ثوب) يضره التبعيض كالقميص (وان) وصلية (ذكر قطعه) لانه لايمكن تسليمه الابضرر وقيدنا بالضرر لانه لوكان ممالايضره التبعيض كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط وذراع من كرباس اوديباج لايجوز بيع في الكرباس اومحمول على كرباس يتعيب به واما مالايتعيب فيه فيجوز كما في البحر (فلو قلع الجذع) المعين (اوقطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا) لزوال المفسد قبل التقرر بخلاف مااذاباع جلد الحيوان وذبحه وسلخه حيث لايعود صحيحا وبخلاف مااذاباع بزرا في بطيخ ونحوه حيث لايصح وان شقه واخرج المبيع (ولا) يجوز بيع (المزابنة) ولوفيمادون خمسة اوسق خلافا للشافعي (وهي بيع الثمر) بالثاء المثلثة (على النخيل بتمر) بالتاء المثناة (مجذوذ) اي مقطوع والمزابنة بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر من الزبن وهو الدفع كما في البحر (مثل كيله خرصا) اي حزرا وظنا حقيقيا لانه لوكان مثل كيلا حقيقيا لم يبق ماعلى الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ وانمالم يجز لنهيه عليه السلام عن بيع المزابنة لان الجهالة في المبادلة تقتضي

الى الربا وبيع العنب بالزبيب على هذا وفي البحر وفيه كلام لانه فسر المزابنة بما سمعت من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النخل بتمر بالمثناة وهو خلاف في التحقيق لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان اويبسا اوغيره واذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر (و) لايجوز بيع (المحاقلة وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصا) لنهيه عليه السلام عنهما ايضا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلايجوز بطريق الخرص كما لوكانا موضوعين على الارض (ولا) يجوز (البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع اولمسها) اى السلعة (المشترى) وهذا بيع الملامسة (اووضع) المشترى (عليها حجرا) وهو البيع بالقاء الحجر (اونبذها) اى السلعة (اليه) اى الى المشترى (البايع) وهذا البيع بالمنابذة هذه بيوع كانت في الجاهلية فنهى عنها وقال صاحب الفرائد اواخر قوله اووضع عليها حجرا عن قوله اونبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعله مشوشا ولابد من نكتة انتهى والنكتة المناسبة بان اللمس والوضع من قبل المشترى والمنابذة من قبل البايع واواخره للزم الخلط والتفصيل تدبر (ولا) يجوز (بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع (الابشرط ان يأخذ) المشترى (ايهما شاء) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين كما بيناه في موضعه (ولا) يجوز (بيع المراعى) جمع المرعى ولوافرد كما افرد البعض لكان اخصر والمراد بالمرعى الكلاء النابت في ارض غيرمملوكة اوفي ارض البايع بدون تسبب منه قيدنابه لانه لوتسبب في ذلك بان سقى الارض اوهيأها للا نبات جازله بيع كلائها لانه ملكه حتى لواحتشه انسان بغيراذنه كان له استرداده وقيل لايجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار (ولااجارتها) اى لاتجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غيرمملوكة ولوعقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لاتجوز وهذا اولى وانما فسرنا المرعى بالكلاء وجعلناه من اطلاق اسم المحل على الحال لان بيع رقبة الارض واجارتها جائزة بالاجماع كما في الشمنى وفي القهستانى المراعى بكسر العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعى بكسر الراء الكلاء رطبا اويابسا كما في الصحاح وغيره فمن الظن انه من ذكر المحل وارادة الحال تتبع (ولا) يجوز بيع (النحل) بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث منه العسل (بلاكوارات) جمع كوارة بضم الكاف وتشديد الواو وعسل النحل اذا سوى من طين وغيره وهذا عند الشيخين لكونه من الهوام فلاينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلايكون نفسه مالامتقوما والشئ انما يصيرمالا لكونه منتفعا به حتى لوباع كوارة فيها عسل

بما فيهما من الحمل يجوز بيعهما كما ذكره الكرخي كما في الهداية وفي اية بين لو باعه مع الكوارة صح بيعهما ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل والمتبادر من المتن جوازبيع النحل اذا انضم مع الكوارات وان لم يكن فيه عسل مع ان جوازه اذا كان فيها ذلك عند الشيخين على ما في العيني ذكره القدوري تدبر (خلافا لمحمد) فيجوز بيع نفسه بلا كوارة اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الائمة الثلثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا (ولا) يجوز بيع (دود القز وبيضه) عند الامام لانه من الهوام (وعند ابي يوسف يجوز) البيع (في الدود اذا كان مع القز) يعني اذا ظهر منه القز يجوز البيع تبعا له (وفي البيض عنه) اي عن ابي يوسف (قولان) في قول يجوز بيعه مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد في قول لا يجوز وهو مع الامام فيه (وعند محمد) وقول الائمة الثلثة (يجوز بيعهما مطلقا) لكونه منتفعا به (وهو المختار) للفتوى وفي البحر ولكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد في بيع النحل ايضا كما في الذخيرة والخلاصة وغيرهما والاختيار في قوله في الدود دون النحل بلا ترجيح تدبر (ولا) يجوز (بيع الآبق) لورود النهي ولعجزه عن التسليم (الا من زعم انه) اي الآبق (عنده) فانه حينئذ يجوز لان النهي بيع آبق في حق لمة قدرته وهو غير آبق في حق المشتري ولانه انتفى العجز لكونه معه وصار صرح بفساد هذا البيع في الدرر وغيره لكن في البحر صرح بفساده لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد وعن هذا قال (فان عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحا) وهو ظاهر الرواية وبه كان يفتي ابو عبد الله البلخي لكونه وقع باطلا (وقيل ينقلب صحيحا) ويتم العقد المبني على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال المانع عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد كما في الهداية ورجح في الفتح القول بالفساد (ولا) يجوز بيع (لبن امرأة) سواء كانت حرة او امة (ولو) للوصل (بعد الحلب) لانه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع واما بيع نفس الامة فحلال لاختصاصه بالحي ولا حيوة في لبنها وقال الشافعي يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا طاهرا (وعند ابي يوسف يصح في لبن الامة) اعتبارا لبدنها وفي الهداية وغيرها ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة انتهى فعلى هذا ينبغي للمص ان يقول وعن ابي يوسف لان قوله عند ابي يوسف يقتضي انه ظاهر تأمل وفي التسهيل واختلف المشايخ في حل الامة او شربها بانها حلال صح عند البعض لا عند البعض وصحح بان المنفعة حلال (ولا) يجوز بيع (شعر الخنزير)

لانه محرم فيبطل تجسد (ولكن يباح الانتفاع به) اى بشعر الخنزير (للخرز) ونحوه (للضرورة) الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاء معجمة مصدر خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف فى زمانهم وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان لان غيره لايعمل عمله وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الاباليع جاز بيعه لكن الثمن لايطيب للبائع وقيل هذا ان كان منتوفا فالمقطوع يكون طاهرا (ويفسد) شعر الخنزير (الماء القليل عند ابى يوسف) وهو المختار (لا) يفسده (عند محمد) لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته لابى يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا فى حالة الاستعمال وحالة وقوعه تمارها (ولا) يجوز (بيع شعر الادمى ولا الانتفاع به ولا بشئ من اجزائه) لان الآدمى مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن وعن محمد انه يجوز الانتفاع به استدلالا بما روى انه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه رضى الله تعالى عنهم وكانوا يتبركون به واولم يجز الانتفاع لمافعل لكن فيه مافيه تتبع (ولا) يجوز (بيع جلود الميتة قبل الدباغ) لانها غير منتفع بها وليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة (ويجوز) بيعها (بعده) اى بعد الدباغ (وينتفع به) اى بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود فلا يرد ماقيل من ان الظاهر ان يكون الضمير مؤنثا وانما ينتفع به لكونه طاهرا بعده (ويباع عظمها) اى الميتة (وينتفع به) اى بعظمها (وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها) لطهارة هذه المذكورات اذلاحيوة فيها حتى يحل الموت بها القرن من الوبر ولو قدم على الصوف لكان اقرب وكذا لو قدم الشعر على الصوف لكان انسب (وكذا) يباع (عظم الفيل) عند الشيخين فان الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قالوا هذا اذا لم يكن على العظام واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس (خلافا لمحمد) فانه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة والمختار قولهما (ولا يجوز بيع علو سقط) اى يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه سواء سقط بيت السفل اولا اذ بعد انهدامه لايبقى له الاحق التعلى وهو ليس بمال لان المال مايمكن احرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغوا بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفرزا فى رواية وانما قيدنا بعد سقوطه لان البيع قبله يجوز نظرا الى البناء القائم فيه وان سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم (ولا) يجوز بيع

(المسيل ولا هبته) لان رقبة المسيل مجهول لان مقدار ما يشغله الماء من
الارض تختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز وان
اريد بالمسيل التسييل فان كان على السطح كان حق التعلي وقد مر انه باطل وان
كان على الارض كان مجهولا لجهالة محله (وصحا) اى البيع والهبة (فى الطريق)
لان رقبة الطريق معلوم وان لم يبين قدره فقدر عرض باب الدار يجوز وفى البيع والهبة
وفى بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة انه حاجة اليه
وهو حق معلوم متعلق بعين باق وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع
ووحده فى رواية (ولا) يجوز (بيع شخص على انه امة فاذا هو عبد) وكذا
عكسه استحسانا والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف بالذكورة
والانوثة اختلاف بالوصف لانهما وصفان فى الحيوان واختلاف الوصف
يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بنى آدم
جنسان مختلفان لفاحش التفاوت فى المقاصد فان الحق من العبد الاستخدام
خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالاستفراش والاستيلاد
وغيرهما فاختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين (ولو باع كبشا فاذا هو نعجة
صح ويخير) وجه الصحة انه لا تفاوت فى المقصود فان المقصود منه اللحم والجلد
والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا فيتعلق
العقد بالمشار اليه والاصل ان فى مختلف الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف المسمى
والمشار اليه لان التسمية ابلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات
والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ فى التعريف
ويحتاج فى مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار
فى متحد الجنس لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن
الجمع بينهما بان تجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فثبت له الخيار عند
فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلف الجنس لان المسمى فيه مثل المشار
اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند
تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل فى العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح
عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما فى التبيين (ولا) يجوز (شراء ما باع)
البائع او وكيله من ساعة او غيرها (باقل مما باع) من الثمن (قبل نقد) كل
(الثمن) الاول او بعضه وان بقى من ثمنه درهم كما فى السراج صورتها باع
جارية بالالف حالة او نسيئة فقبضها المشترى ثم اشتراها البائع من المشترى
قبل نقد الثمن الاول باقل فالبيع الثانى فاسد عندنا وقال الشافعى يجوز
وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باى قدر كان من الثمن

كما اذا باعه من غير البائع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او ببعض او باقل بعد النقد واثمتنا جوازه استند لالا بقول عايشة الصديقة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقي له فضل بلا عوض بخلاف ما اذا باع بعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وانما ترك فاعل الشراء ليشمل شراء من لا تقبل شهادته للبائع كالاصول والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شراء البائع عند الامام خلافا لهما في غير العبد والمكاتب وكذا الحكم لو باعه وكالة عن غيره او اشتراه بطريق الوكالة لغيره اذا كان هو البائع ومحل الكلام شراء الكل او البعض وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الامام خلافا لهما واما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه او الموهوب له او الموصى له فيجوز اتفاقا وقيد بما باع لان المبيع اذا انتقص وتغير بعيب جاز ولابد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن فان اختلف جاز مطلقا والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (وكذا شراؤه) اى لا يجوز شراء ما باع البائع او وكيله حال كون ما باع (مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح في الغير بحصته) صورتها باع جارية بخمسمائة وقبضها المشتري ثم اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة فان الشراء في التي لم يبعها منه صحيح وفي الاخرى وهي التي باعها منه فاسد لانه لابد ان يجعل الثمن بمقابلة التي لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة ولا يسري الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه فيقصر على محله فلا يتعداه كما في الجمع بين عبد ومدبر (ولا) يجوز (شراء زيت) دهن الزيتون (على ان يزنه بظرفه) اى شرط وزنه معه (وان يطرح عنه) اى عن الزيت (لكل ظرف مقدار معين) كخمسين رطلا لان هذا شرط لا يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف فاذا طرح مقدار خمسين رطلا مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز (وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح) لانه شرط يقتضيه العقد (وان اختلفا) اى البائع والمشتري (في الظرف وقدره) فقال المشتري الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البائع غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشتري) مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الظرف المقبوض كما هو الظاهر وقدر الزيت فالقول له لانه قابض والقول للقابض امينا كان او ضمينا وان اعتبر اختلافا في قدر الثمن فكذا القول لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان لان اختلافهما في الثمن

ثبت ثبتا لاختلافهما في الرق والاختلاف في الرق لا يوجب التخالف لانه ليس معقوداً به ولا معقوداً عليه وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعاً لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل (واوامر مسلم ذميا ببيع خمر اوشرائها صح) اي يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر وبشرائها عند الامام لان الوكيل فيما وكل به متصرف تصرف في الاصل لاهليته لاللنيابة وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما (خلافا لهما) لان عندهما لا يجوز اذا الوكيل نائب عن موكله فالتصرف فيه حاله اليه فباشرته كمباشرته وذا لا يجوز فيلحق فيه اذ لا ولاية للمسلم في بيعها ولا في شرائها والتوكيل مبني على الولاية فيما وكل به غيره وعلى هذا الخلاف الخنزير وقد روى عن الامام تكره اشد ما يكون من الكراهة ثم ان كان خمرا يخللها وان خنزيرا يسيبه (وكذا) اي على هذا الخلاف (او امر المحرم غيره ببيع صيده) الذي اصطاده قبل الاحرام يجوز التوكيل عند الامام خلافا لهما (واو شرى كافر عبدا مسلما او مصحفا صح ويجبر على اخراجهما من ملكه) اي من ملك الكافر دفعا للذل من جهة وقال الشافعي لا يجوز اذ لا لامن جهة مالكيتها للكافر قيد بالشراء لان الكافر اواستأجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره (والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط) كون (الملك للمشتري) وشرط تسليم المشتري الثمن وشرط تسليم البائع المبيع لان مثل هذا الشرط لا يزيد شيئا بل يؤكد موجب العقد (وكذا) يصح (بشرط لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لاحد) من المتعاقدين والمبيع المستحق للنفع بان يكون آدميا (كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة) او ان يبيعها الا ان اشترط على ان لا يبيعه او يبيعها الى ... لان هذا الشرط لا يؤدي الى النزاع ولا يحتمل الربوا ... فيصح العقد ويبطل الشرط هو ظاهر المذهب وعن ابي يوسف انه يفسد البيع قيد بقوله للعاقدين مع منفعة المعقود عليها لكن ابيت من اهل الاستحقاق وكذا يصح بشرط ملايم للعقد كشرط ان يرهنه المشتري شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا لا يفسد بل يؤكد وان كانا غير معينين يفسدان للجهالة وكذا يصح بشرط لا يلايم العقد او ورود الشرع على جوازه كالخيار والاجل رخصة وتيسيرا (واو كان البيع (بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين) اي البائع والمشتري (او المبيع يستحق بالنفع) بان يكون آدميا (فهو) اي هذا البيع (فاسد لانه فيه زيادة عرية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربوا يكون فاسدا وفي شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره بحرف الشرط كما اذا قال بعت ان كنت تعطيني كذا فالبيع باطل (كبيعه عبده

على ان يعتقه المشترى اويدبره اويكاتبه او) كبيع (امة على ان يستولدها) المشترى لان هذه شروط لايقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به (فلو اعتقه) اى العبد (المشترى) بعد ما اشتراه بشرط العتق (عاد البيع صحيحا) استحسانا (فيلزم) على المشترى (الثمن) عند الامام (وعندهما لايعود) صحيحا (فتلزم) على المشترى (القيمة) وهو القياس لان العقد فسد بالشرط اعتق اولم يعتق فلا يعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية عن الامام وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلايم العقد لذاته لكن شرط العتق من حيث الحكم يلايمه لانه منه للملك والشئ بانهائه يتقرر ولهذا لايمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فيعود صحيحا وفى الحقايق الخلاف فيما اذا اعتقه المشترى بعد القبض واما قبله فلا يصح الاعتاق (وكشرط ان يستخدمه) اى العبد (البايع شهرا اويسكنها) اى الدار المبيعة (اولايسلمه) اى المبيع (الى رأس الشهر) متعلق بيسكنها ولايسلمه على طريق التنازع (اويقرضه المشترى درهما اويهدى له) المشترى (هدية) هذه امثلة شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للبايع (او) كشرط (ان يقطع البايع الثوب ويخيطه قباء اوقميصا او يحذو النعل) يعنى لواشترى جلدا على ان يحذوه البايع نعلا للمشترى يقال حذالى نعلا اى عملها (اويشركه) اى النعل من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذى على ظهر القدم كذا فى المغرب هذه امثلة شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن فى مقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهى عن صفقة فى صفقة (ويصح فى النعل استحسانا) للتعامل لان التعامل يرجح على القياس لكونه اجماعا عمليا والقياس عدم الجواز وهو قول زفر (ولايجوز بيع امة الا حملها) لان مالا يصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وتمامه فى الهداية (ولا) يجوز (البيع الى النيروز) وهو اول يوم من نزول الشمس فى برج الحمل وابتداء ربيع (والمهرجان) وهو اول يوم من نزول الشمس فى الميزان وابتداء خريف (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم العاقدان) مقدار (ذلك) المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود لان النيروز والمهرجان لايعينان الابظن وممارسة بعلم النجوم فربما يقع الخطاء فيكون مجهولا فيؤدى الى النزاع وكذا صوم النصارى وفطر اليهود يكونان مجهولان لان النصارى يبتدؤن ويصومون خمسين يوما

فيفطرون فيوم صومهم مجهول واما فطرهم بعد ماشرعوا في صومهم فمعلوم فلاجهالة فيه ولافساد واليهود يصومون من اول شهر الى تمام ثمانية وعشرين من شهر آخر ثم يفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهما باختلاف عدة شهر هذا اذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال وكذا اذا لم يعرف احدهما اما اذا كان ذلك معلوما عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع (ولا يجوز الى الحصاد) بفتح الحاء المهملة وكسرها وقت قطع الزرع (والدياس) بكسر الدال المهملة وقت وطء الدواب الحبوب وغيرها (والقطاف) بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم (والجزاز) بكسر الجيم وفتحها وقت جز الصوف من ظهور الغنم وقيل جزاز النخل وفي الهداية بالزاي وذكر الزاهدي انه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل (وقدوم الحاج) اي وقت مجيء الحاج وانما لم يجز البيع الى هذه المذكورات لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتأخر (وتصح الكفالة الى هذه الاوقات) لكون الجهالة يسيرة لان الكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة في اصل الدين اذ تجوز الكفالة بمال غير معين ففي الوصف اولى وفي التسهيل وفي النذر تتحمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا في وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الى هبوب الريح فهي باطلة لانها متفاحشة (فان اسقط) من له الاجل (الاجل المفسد) للبيع (قبل حلوله) اي قبل مجيء الاجل المفسد وقبل التفرق (صح) البيع لزوال المفسد وهو النزاع قبل دخول وقته مع ان الجهالة ليست في صلب العقد بل في شرط زائد فيمكن اسقاطه خلافا لزفر والشافعي اذ العقد عندهما بعد فساده لا ينقلب صحيحا اصلا وقيدنا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب صحيحا اتفاقا كما في شرح المجمع (وكذا لو باع مطلقا) عن هذه الآجال (ثم اجل الى هذه الاوقات فانه يصح) لان هذا تأجيل الدين لا الثمن فالدين هنا في التحمل بمنزلة الكفالة وفي القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من زمستان وهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر كما في البحر (ومن باع نصيبه من دار يجوز) البيع (ان علمه) اي النصيب منها (العاقدان) علم مقدار نصيبه شرط عند الامام لان الجهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز (خلافا لابي يوسف) فان عنده يجوز مطلقا سواء علما او لا لانهما رضيا بالجهالة فلا تفضي الى المنازعة (ويكفي علم المشتري عند محمد) لان جهالة المبيع تضره لا البائع فيشترط علمه وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الامام لجهالة المقدار خلافا لابي يوسف

(فصل)

لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشئ اثره واثر الشئ يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكرا للمناسبة (قبض المشترى المبيع بيعا باطلا باذن بايعه لايملكه) لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لايفيد مالا وفى الفرائد ان قوله قبض لوقرئ على لفظ الفعل المبنى للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره ولوقبض ويكون قوله لايملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشترى ويكون قوله لايملكه على صيغة مبنى للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعا الى المشترى وفاعله المستكن فيه راجعا الى القبض انتهى لكن لايخلو عن التعسف فيه والاولى قوله يملكه جواب الشرط المحذوف بقرينة التقابل وهو قوله ولوقبض المبيع بيعا باطلا اه تدبر (وهو) اى المبيع (امانة فى يده عند البعض) فلا يضمن لوهلك فى يد المشترى لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك فيكون امانة فى يده (ومضمون عند البعض) الاخر لانه ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء (وقيل الاول) اى كونه امانة (قول الامام والثانى) اى كونه مضمونا (قولهما اخذا) اى اخذ صاحب القيل كون الاول قوله والثانى قولهما (من الاختلاف فى بيع مدبر وام ولد فات فى يد مشتريه حيث لايضمن عنده خلافا لهما) ففهم صاحب القيل ان كل مبيع بيعا باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله والثانى قولهما (ولوقبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا) كقبض المشترى المبيع بامره فى المجلس اوبعده على الرواية المشهورة (اودلالة كقبضه فى مجلس عقده) ولم ينهه البايع عنه قبل الافتراق (وكل) اى والحال ان كل واحد (من) المبيع والثمن (عوضيه) اى البيع (مال) خرج بهذا القيد البيع الباطل ولاشك ان الباطل خرج اولا فى البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا وقال صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة اطلقوا عليها اسم الفاسد فربما توهم ان المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هذا يكون جوابا لما وقع فى الكنز ولايكون جوابا لما فى هذا المتن لان المص بين اولا حكم البيع الباطل ثم شرع فى بيان حكم الفاسد فلا يقال هنا ان المراد بالفاسد ما هو الباطل او اعم بل هو مستدرك تدبر (ملكه) اى المقبوض بالبيع الفاسد وقال الشافعى البيع الفاسد لايفيد الملك بالقبض قيده لانه بدون القبض لايفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف لايفيد الملك الا بالتقوى بالقبض كالهبة وقيد باذن البايع لان القبض لولم يكن باذنه لايفيد الملك

اتيانا وانما ذكر الاذن دون الرضى لانه لا يشترط في بعض افراده كبيع المكره
كما لا يخفى وللشافعي انه بيع محظور فلا يكون سببا للملك الذي هو نعمة ولنا ان البيع
الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار (وقيمته)
اى المشترى بيا والاعتراض لا الاعطاء على ملكه كما في القهستاني (اهلاكه)
اى وقت هلاك المبيع في يد المشترى (مثله) اى المبيع (حقيقة) اى صورة ومعنى
في ذوات الامثال كالكيلي والوزني (او) مثله (معنى) اى قيمته (في القيمي)
كالحيوان والعرض وفيه اشارة الى ان المبيع لو كان موجودا رد عينه والى ان العبرة
للقيمة يوم القبض والى انه ملكه بقيمته ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لم يضمن
كالغصب وعند محمد يوم الاتلاف لانه بالاتلاف يتقرر عليه فيه ضمنه شيء
الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق الشيخين فالقول في القيمة للمشترى
مع يمينه لكونه منكرا للضمان والبينة للبائع (ولكل منهما فسخه قبل القبض)
اى لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشترى ما دام المبيع في ملكه
بلا علم الصاحب على ما قال ابو يوسف واما عندهما علمه كما في الفصولين لكن
في الكافي انه شرط عندهم والاولى في مكان اللام على على طريق اعدام الفساد
واجب حقا للشرع كما في القهستاني فعلى هذا قال الزيلعي ان اللام بمعنى على
انتهى لكن لا حاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية
الفسخ دفعا لتوهم انه ملك بالقبض فلا (وبعده) اى بعد القبض (ما دام)
المبيع (في ملك المشترى اذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين)
اى ينفرد احدهما بالفسخ ايضا لقوة الفساد (وان كان) الفساد (لشرط زائد
كشرط ان يهدى له هدية) مثلا (وكذا) ينفرد كل بالفسخ (قبل القبض)
وعلى ما حققناه اندفع ما قيل من ان كلامه يفيد التخصيص لان حكم ما قبل القبض
من آنفا فلا وجه لقوله وكذا قبل القبض تدبر (واما بعده فالفسخ لمن له
الشرط) بحضرة صاحبه ولا يشترط فيه قضاء القاضي (لا لمن عليه الشرط)
وهذا عند محمد لان العقد قوى والفساد ضعيف فيزول بحذف الشرط بقدر
ان اسقط شرط الهداية فبقي العقد صحيحا لرفع المفسد واذا فسخ من عليه
المنفعة فقد ابطل حق الغير وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقا
للشرع لا حقا لهما ولا حقا لاحدهما حيث رضيا بالعقد كما في اكثر المعتبرات
فعلى هذا ان ذكر الاصل في هذه المسئلة في صورة الاتفاق لا يخلو عن ركاكة لا يلزم
التفصيل فافل (ولا يأخذه) اى المبيع (البائع) بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه)
اى ثمن المبيع الى المشترى لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات
البائع) بعد فسخ البيع (فالمشترى احق به) اى بحبس ما اشتراه (حتى يأخذ

ثمنه) فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن حتى يأخذ المبيع ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ ولا يدخل المبيع فى قسمة غرماء البايع لان المشترى مقدم حال حيوته وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشترى دراهم الثمن بعينها لو قائمة ويأخذ مثلها لو هالكة ولو مات المشترى فالبايع احق من سائر الغرماء (وطاب للبايع ربح ثمنه) من دراهم المبيع او دنانيره (بعد التقابض) اى اشتراك البايع والمشترى فى قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه (لا) اى لا يطيب (للمشترى ربح مبيعه فيتصدق) المشترى (به) اى بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك اما الخبث بعدم الملك كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه تتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعى لا يطيب فى الكل كما فى الهداية وغيرها وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية فى المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشترى بعينها لانها تتعين بالتعيين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ماقلتم من عدم تعيين الدراهم قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهتين شبهة الغصب وشبهة البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا تعتبر شبهة البيع حتى لا يسرى الفساد الى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة انتهى وفى الدرر ان ماذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد على الهداية فالوجه ما قال فى العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح وهى ما مر انها تتعين فى البيع الفاسد انتهى لكن يمكن الدفع بوجه آخر بان المراد فى العقود العقود الصحيحة لان المطلق ينصرف الى الكامل فحينئذ عدم التعين سواء كان فى المغصوب او ثمن المبيع بالبيع الفاسد انما هو فى العقد الثانى فلا يضر تعينه فى الاول فعلى هذا ينبغى ان يكون جواب صاحب العناية بلا حصر تدبر وفى الفرائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لان حاصل التناقض ان صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن فى البيع الفاسد يتعين بالتعيين وفى هذه المسئلة لا يتعين وحاصل الدفع ان التعين بالتعيين فى حالة قيام الثمن وعدم التعين

في حالة عدمه ويتحقق الشافعي الا اذا اتحد الجهتان انتهى هذا وجه الكلام خلاف ما صرحوا به لانهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وفي رواية ابي حفص لاتتعين كما في العناية وغيرها فبهذا علم ان هذا التوجيه ليس بدافع تدبر (كما طالب رجع مال ادعاه فقضى) اي قضى المدعى عليه ذلك المال (ثم تصادقا) اي المدعي والمدعى عليه (على عدمه) اي عدم وجوب المال المدعى (فرد) المال (بعد ماربح فيه المدعى) لان المال المؤدى يكون بدل الدين الذي هو حق المدعي باقرار المدعى عليه اذ المرء يؤاخذ باقراره حكما ويصير المدعي اياه دينه عما اخذه فاذا تصادقا على عدم الدين صار المدعي كانه استحق الدين فيلزم ان يكون الدين ملكا بالبيع الفاسد لان البيع هنا فاسد في حق البدل وهو غير قيمة فلا تؤثر الخبث فيما لا يتعين بالتعيين (فان باع المشتري ما شراه شراء فاسدا صح) بيعه لانه بيع ما دخل في ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه قيد صاحب التنوير بيعا تاما صحيحا ولم يذكره لانه لو باعه فاسدا لا يمنع النقض كالبيع الذي فيه الخيار لانه ليس بلازم ولانه لو باعه من اعه كان نقضا للبيع هذا في العقد الذي فساده ليس بالاكراه لانه لو كان فاسدا بالاكراه فان تصرفات المشتري كلها تنقض وقيد المص بالشراء الفاسد احتراز عن الاجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين قيل ليس للمستأجر فاسدا ان يؤاجره من غيره اجارة صحيحة وقيل يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح لان للمؤاجر الاول نقض الثانية لانها تفسخ بالاعذار (وكذا لو اعتقه) اي اعتق المشتري شراء فاسدا العبد بعد قبضه صح وكان الولاء له وكذا توابع الاعتاق من التدبير والاستيلاد والكتابة الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب (او وهبه وسلمه) اي اذا وهبه المشتري وسلمه ارتفع الفساد وصح (وسقط) بكل من البيع والاعتاق والهبة بالتسليم (حق الفسخ) الذي كان للبائع لان المشتري ملك المبيع بالقبض فنفذ فيه تصرفاته المذكورة وينقطع به حق البائع في الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى (وعليه) اي على المشتري (قيمته) لما مر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيع لانه لازم وقد عجزه عن رد العين فلزمه القيمة الا انه يعود حق الاسترداد بفكه وكذا لو اوصى بالمبيع المشتري ثم مات سقط الفسخ ولزمه القيمة (ولو بنى) المشتري (في دار اشتراها فاسدا او غرس فيها فعليه قيمتها) اي قيمة الدار والارض ويسقط حق الاسترداد عند الامام رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في روايته

(وقالا ينقض) المشترى (البناء والغرس) ويرد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه (وشك ابو يوسف فى روايته لمحمد عن الامام لزوم قيمتها) اى قيمة الدار (ولم يشك محمد) فى روايته له عن الامام لزوم قيمتها وهذه المسئلة من المسائل التى انكر ابو يوسف روايتها عن الامام وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف وفى الفصولين ولو وقفه اوجعله مسجدا لا يبطل حقه مالم يبن وفى البحر ينبغى ان يحمل على ماقبل القضاء به واما اذا قضى به فانه يرتفع الفساد للزومه والظاهر ان ما فى الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح فقد قال الخصاف لواشترى ارضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل اجرها للمساكين فقال الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبايع انتهى لكن قال قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعله المشترى مسجدا لا يبطل حق الفسخ مالم بن فى ظاهر الرواية فان بناه بطل فى قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة البناء وكذا لو وقفها لا يبطل حق الفسخ مالم يبن انتهى فعلى هذا ان ما فى الفصولين على الرواية الظاهرة وماقاله الخصاف على غيرها وماقاله صاحب البحر من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر قيل لما كان المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبه الحق بالفاسد واخره عنه فقال (وكره النجش) بفتحتين وبسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل ولا يريد الشراء لترغيب غيره ويجرى فى النكاح وغيره لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لا تناجشوا اى لا تفعلوا ذلك وانما قيدنا باكثر من ثمن المثل لان المشترى اذا طلب باقل من ثمن المثل فلا بأس ان يزيد الآخر فى الثمن الى ان يبلغ ثمن المثل وان لم يرد الشراء (و) كره (السوم) اى الاستشراء بثمن كثير (على سوم غيره) اى استشراء غيره بثمن قليل (اذا رضيا) ظرف السوم (بثمن) معلوم ولم يبق بينهما الا العقد لقوله عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفى فى معنى النهى فيفيد المشروعية قيد بقوله اذا رضيا لانهما اذا لم يتراضيا فلا يكره لانه بيع من يزيد (و) كره (تلقى الجلب) اى استقبال من فى المصر جلبا بفتحتين اوالسكون اى مجلوبا من طعام اوحيوان اوغيره . (المضر) صفة

اشار (باهل البلد) للنهي عنه واما اذا لم يضر باهل البلد بان لم يكونوا محتاجين اليه فلا بأس به الا اذا لبس السعر البلد على الواردين فاشترى منهم بارخص منه فانه يكره (و) كره (بيع الحاضر للبادي طمعا في غلاء الثمن زمن القحط) اي يكره بيع البلدي من البدوي في زمان القحط علفه وطعامه طمعا في ثمن متجاوز الحد لقوله عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وللضرر باهل البلد وايضا يكره بيع البلدي لاجل البدوي في البلد كالسمسار فيغالي السعر على الناس ولو تركه وباعه بنفسه للزم الرخصة في السعر ولم يقع اهل البلد في الضرر الا ان في البادي اما بمعنى التمليك او بمعنى الاجل فهذا يصور بوجهين قيد بقوله في زمن القحط لانه في الرخص غير مكروه (والبيع عند اذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بواجب السعي اذا قعدا للبيع او وقفا له واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الآية ثم المعتبر هو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار (لا) يكره (بيع من يزيد) هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم من قوله وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن فاذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفا (وصح البيع في الجميع) اي في جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة لا تمنع الانعقاد (ومن ملك المملوكين صغيرين او كبيرا) احدهما (وصغيرا) بالآخر الاولى (احدهما) مبتدأ خبره (ذو رحم محرم من الآخر) والجملة صفة لمملوكين (كره له ان يفرق بينهما) قبل البلوغ بالبيع والهبة ونحوهما والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما (بدون حق مستحق) اي لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كما في الهداية (وصح البيع) هنا ايضا لان النهي لمعنى في غيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير فلا يوجب الفساد لكن يأثم البائع لارتكابه

النهي (خلافا لابي يوسف في قرابة الولاد) حيث قال يفسد البيع فيها ويجوز في غيرها (في رواية) عنه (و) يفسد (الجميع في) رواية (اخرى) وبه قال زفر والائمة الثلثة لان الامر بالادراك والرد لايكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى المجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد (فان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق) لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح في الصغير فلا يلحق به غيره وفي الجوهرة وكما يكره من التفريق بالبيع يكره في القسمة في الميراث والغنائم هذا كله اذا كان المالك مسلما واما اذا كان كافرا فلا يكره

(باب الاقالة)

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي لغة الرفع مطلقا من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه البعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما كما في العناية وشرعا رفع عقد البيع غير السلم فانه ليس بفسخ (تصح) الاقالة (بلفظين احدهما مستقبل) هذا بيان ركنهما وهو الايجاب والقبول الدالان عليها وشرط ان يكونا بلفظين ماضيين اواحدهما مستقبل والآخر ماض كاقلني فقد اقلتك عند الشيخين كالنكاح (خلافا لمحمد) فان عنده يشترط ان يعبر بهما عن المضي كالبيع وفي الخانية ذكر قول محمد قول الامام حيث قال ولا تصح الاقالة بلفظ الامر في قولهما لكن في الجوهرة وغيرها فجعلوا قول الامام مع ابي يوسف فلهذا عول عليه المص في المتن (وتتوقف) الاقالة (على القبول في المجلس) فكما يصح قبولها في مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما في اكثر الكتب فعلى هذا لو قال واو فعلا كما في التنوير لكان اولى تدبر (كالبيع) حتى لو قبل الآخر بعد زوال المجلس اوبعد ماصدر عنه فيه ما يدل على الاعراض كما سبق في البيع لاتتم الاقالة (وهي) اى الاقالة (بيع جديد في حق غير العاقدين اجماعا) فيجب بالاقالة الاستبراء في الجارية لوكان المبيع جارية وتقايلا فانه حق الله تعالى لانها بيع جديد في حق غيرهما وهو الله تعالى ويجب الشفعة في الدار لكونها بيعا جديدا في حق غيرهما وهو الشفيع ويجب التقابض لوكان البيع السابق صرفا ولا تسقط الزكوة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد الحول ثم رد بالعيب بغير قضاء فاسترد العروض فهلكت في يده فانه بيع

(فصل)

ولايتهما عليه (فان تعذر) جعلها بيعا وفسخا بان تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الاول (بطلت) الاقالة ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لايكون على خلاف الثمن الاول والبيع لايجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لوسكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض وفي النهاية الخلاف فيما ذكر الفسخ بلفظ الاقالة ولو ذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد لايجعل بيعا اتفاقا اعمالا بمقتضى موضوعه اللغوي (و) الاقالة (قبل القبض فسخ في المنقول وغيره) اي في المنقول والعقار عند الطرفين وعند ابي يوسف في العقار بيع جديد اذلامانع في جعلها بيعا فيه وهي تمليك من الجانبين كامر ثم ذكر بعض الفروع بقوله (فلو شرط فيها) اي الاقالة (اكثر من الثمن الاول او خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول) عند الامام لان الاقالة فسخ وهو لايكون الاعلى الثمن الاول فيصير ذلك الشرط فاسدا ولغوا دون الاقالة لما مر ان الاقالة لاتفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وتصح بالسكوت عن الثمن الاول ويجب الثمن الاول بلا خلاف الا اذا باع المتولي او الوصي للوقف او للصغير شيئا باكثر من قيمته او اشتريا شيئا للوقف وللصغير حيث لاتجوز اقالته وان كانت بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير (وعندهما يصح الشرط لوكانت) الاقالة (بعد القبض وتجعل) الاقالة (بيعا) جديدا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد ان تعذر الفسخ فجعلها بيعا ممكن فاذا زاد او شرط خلاف الجنس كان قاصدا البيع (وان شرط اقل) من الثمن الاول (من غير تعيب) عند المشتري (لزم) الثمن (الاول ايضا) عند الطرفين (وعند ابي يوسف تجعل بيعا ويصح الشرط) لان البيع هو الاصل عنده (وان تعيب) المبيع عند المشتري وشرط اقل من الثمن الاول بناء على العيب صح الشرط اتفاقا فيجوز الاقالة باقل من الثمن الاول فيجعل الحط بازاء مافات بالعيب (ولا تصح) الاقالة (بعد ولادة المبيعة) عند الامام لما مر ان المبيعة اذا زادت زيادة منفصلة تكون الاقالة باطلة عنده اما المنفصلة قبل القبض والمتصلة بعد القبض فلاتمنع الاقالة عنده (خلافا لهما) لان البيع هو الاصل عند ابي يوسف وعند محمد الاصل اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا (ولايمنعها) اي الاقالة (هلاك الثمن بل) يمنعها (هلاك المبيع) لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه) اي بعض المبيع (يمنع) الاقالة (بقدره) اعتبارا للبعض بالكل وفي التنوير

وان هلك احد البدلين فى المقايضة صحت الاقالة فى الباقى منهما وعلى المشترى قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا لانه لا فائق العقد من كل المشترى وبتمه فى قطعه بطل وان اشترى عبدا فقطعت يده واخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع الثمن ولم يتق للبائع من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك وتصح اقالة الاقالة الا فى اقالة السلم ثم تقايلاها اى الاقالة ارتفعت وعاد عقد الاقالة لا اقالة السلم فانه لا يصح

(باب المرابحة والتولية)

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع فى بيان الانواع التى تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما (المرابحة بيع ما شراه) وفى الدرر بيع ما ملكه لم يقل بيع المشترى ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن وان لم يكن فيه شرى (بما شراه به) اى بمثل ما قام عليه كما فى الدرر ثم قال ولم يقل بعينه الاول لان ما يأخذه من المشترى ليس بعينه الاول بل مثله فيه وهذا علم ان فى عبارة المص تسامحا (وزيادة) على ما قام عليه وان لم يكن من جنسه وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير واحتياج الغبى الى الذكى مع ان العرض من الشيء الاسترباح (والتولية) مصدر ولى غيره اذا جعله واليا وفى الشرع (بيعه) اى بيع ما ملكه (به) اى بمثل ما قام عليه وفى عبارة المص تسامح ايضا لان ما شراه وهو الثمن الاول صار ملكا للبائع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا اشعار لما يعنى من ان اجرة الصبغ ونحوه تنضم الى الثمن الاول فلا يكون الثانى مثلا له فى المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الاول بما قام عليه كما فى شرح المجمع فعلى هذا لو قال المص كما قال صاحب الدرر لكان اولى ولا يحتاج الى هذا التكلف تدبر (بلا زيادة ولا نقص) والمراد بقوله بيعه بيع العرض لان المرابحة والتولية لا تجوزان فى بيع الصرف وعلى جواز البيع تولية ما روى ان ابا بكر رضى الله عنه اشترى بعيرين فقال له النبى عليه السلام ولنى احدهما اى بعه بالتولية (والوضيعة بيعه بانقص منه) اى مما قام عليه مبناها على الامانة لان المشترى يأمن البائع فى خبره معتمدا على قوله فيجب على البائع التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشترى فى غرور (ولا يصح ذلك) اى كل من التولية والمرابحة والوضيعة (ما لم يكن الثمن الاول مثليا) كالدرهم والدينار والكيلى والوزنى لانه لو لم يكن مثليا كان قيميا متفاوتا كالحيوانات والجواهر يكون مرابحة بالقيمة وهى مجهولة لان معرفتها الا بالحزر

بقيد فلا يجوز بعده من الحط وتولية الا اذا كان المشترى مرابحة ممن يملك ذلك
البدل من البائع بسبب من الاسباب ومن ثمه قال (اوكان فى ذلك من بريد
الشراء و) يكون (الربح معلوما) لانتفاء الجهالة وعبارة المجمع لا يصح ذلك
حتى يكون العوض مثليا اومملوكا للمشترى والربح مثلى معلوم انتهى وفى البحر
وتقييد الربح بالمثلى اتفاقى لجواز ان رابح على عين قيمية مشارا اليها ولذا قال
فى الفتح اوربح هذا الثوب وقيد بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه ده يازده
اى بربح مقدار عشرة دراهم على اثنى عشرة دراهم فان كان الثمن الاول
عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلثة دراهم لا يجوز لانه باعه
رأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كما فى الهداية وغيرها
(ويجوز ان يضم الى رأس المال اجرة القصارة والصبغ) سواء كان اسود اوغيره
(والطراز) بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاى معجمة علم الثوب (والفتل)
بفتح الفاء مايصنع باطراف الثياب بحريرا وكتان (والحمل) اى اجرة حمل المبيع
من مكان الى مكان برا او بحرا (وسوق الغنم والسمسار) لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل فيه ان كل مازيد فى المبيع اوفى
كالصبغ والحمل يلحق به ومالا فلا وقيد بالاجرة لانه لوفعل شيئا من ذلك بيده
لا يضمه وكذا لوتطوع متطوع بهذه اوباعارة وكذا يضم تجصيص الدار
وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها
والزرع وغرس الاشجار وفى البحر نقلا عن المحيط يضم طعام المبيع الاماكان
سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراه واجرة المخزن الذى يوضع فيه واما اجرة
السمسار والدلال فقال الزيلعى ان كانت مشروطة فى العقد تضم والا فاكثرهم
على عدم الضم فى الاول ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع انتهى وهو تسامح
فان اجرة الاول تضم فى ظاهر الرواية وفى الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف
كما فى الفتح (لكن يقول) بعد ضم اجرة هذه الاشياء (قام على بكذا لا)
يقول (شريته) بالاجماع تحرزا عن الكذب وكذا اذا قوم الموروث ونحوه
يقول ذلك وكذا اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا
(ولا يضم نفقته) اى نفقة نفسه اى البائع (ولا) يضم (اجر الراعى والطبيب
والمعلم وبيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه اطلق فى التعليم فشمل تعليم العبد
صناعة اوقرآنا اوشعرا اوغناء اوعربية وفى المبسوط اضاف فى ضم المنفق
فى التعليم الى انه ليس فيه عرف ظاهر حتى لوكان فى ذلك عرف ظاهر يلحقه
برأس المال كما فى الفتح ولذا لا يلحق اجرة الرائض والبيطار والفداء فى الجناية
وجعل الآبق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف وكذا لا يضم مهر العبد

...ر الامة او زوجها والـذى يوخذ فى الطريق بطريق الظلم لايضم الا اذا جرت به العادة (فان ظهر للمشترى خيانته) البائع (فى المرابحة) بحجة البينة او باقرار البائع او نكوله عن اليمين وهو المختار وقيل لا يثبت الا باقراره (خير) المشترى (فى اخذه بكل ثمنه) وهو المسمى (او تركه) اى المبيع اذ لا يمكن الحط (وان) ظهر الخيانة (فى التولية حط) اى المشترى (من ثمنه قدر الخيانة) عند الامام (وهو) اى الحط (القياس فى الوضيعة) يعنى اذا كان خيانة فى الوضيعة اما اذا كانت خيانة يوجد الوضيعة معها فهو بالخيار وهذا قياس قول الامام لانه لو اعتبر ما سماه من الثمن لا يبقى تولية لانه زائد على الثمن الاول فينقلب مرابحة بخلاف المرابحة لانه لو اعتبر قدر المسمى لا يلزم الانقلاب بل مرابحة كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار فى خيانة المرابحة لفوت الرضاء واعتبر فى خيانة التولية الحط لئلا ينقلب مرابحة فتعين الحط فى خيانة التولية (وعند ابى يوسف حط فيهما) اى فى المرابحة والتولية (قدر الخيانة مع حصتها) اى حصة الخيانة (من الربح) فى المرابحة مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية حط قدر الخيانة وهو درهمان ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد فياخذ الثوب باثنى عشر درهما لان التولية والمرابحة اصل مبنى على العقد الاول ليتحقق الاصل الذى هو التولية والمرابحة (وعند محمد خير) بين اخذه بكل الثمن وتركه (فيهما) اى فى المرابحة والتولية اذ الثمن المبنى على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم والمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه يخير لما مر من عدم الرضى (فلو هلك) المبيع بعد ظهور الخيار فى المرابحة (قبل الرد) الى البائع (او امتنع الفسخ) بحدوث مانع الرد (لزم كل الثمن) المسمى وسقط الخيار (اتفاقا) قال فى الهداية يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه انتهى وفى الكافى وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلمه اليه بناء على اصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف انتهى فعلى هذا ان قوله اتفاقا ليس فى محله تدبر (ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه) هذا الثوب (ثانيا بعشرة رابح على خمسة) اى يبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة (وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح) يعنى اذا استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة اصلا عند الامام (وعندهما رابح على الثمن الاخير مطلقا) سواء استغرق الربح الثمن كما فى الثانية او لا كما فى الاولى لان الاخير عقد

يجدد ينقطع الاحكام عن الاول يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشترى من اجنبى ثم باعه الاجنبى من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما فى التبيين وفى البحر نقلا عن المحيط ان ما قاله الامام اوثق وما قالاه ارفق (وان اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر) (او بالعكس) بان اشترى المولى بعشرة مثلا وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر (يرابح) السيد فى الاولى والعبد فى الثانية (على عشرة) فيقول قام على بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه فيه شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة وبقى الاعتبار للبيع الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد المتفاوضين كذلك وخالفاه فى عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون اتفاقى لعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى فى اكسابه كما فى البحر وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاقى بل لتحقق الشرى قال الفقيه ابو الليث فان كان العبد لا دين عليه فالشراء الثانى باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فله لمولاه كما فى اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين اما ان بين انه اشتراه من عبده المأذون او من مكاتبه او بين انهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما فى النقاية فعلى هذا لو قال الا ان يبين لكان اولى (والمضارب بالنصف لو شرى) بمال المضاربة شيئا (بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثنى عشر ونصف) فيقول قام على باثنى عشر ونصف هذا عندنا لان كل واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد وان لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد مع شبهة العدم لان المضارب وكيل عن رب المال فى البيع الاول من وجه فجعل البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح لان الربح يحصل اذا بيع من الاجنبى اذا البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشترى ماله بماله (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن فتعيب عنده اما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا كما فى البحر (لو اعورت المبيعة) بآفة سماوية او بصنع المبيعة (او وطئت وهى)

والحال انها (ثيب) ولم ينقصها الوطء سواء كان الواطئ مولاها او غيره
ولذا اتى بصيغة المجهول (او اصاب الثوب قرض فار) اى قطع فار (وحرق
نار) لان جميع ما يقابله الثمن قائم اذ الفائت وصف فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات
بلا صنعه ولهذا لو فات قبل التسليم قبل قبض المشتري لا يسقط باعتباره شيء
من الثمن الا ان المشتري بالخيار ان شاء اخذه بكل الثمن او ترك وكذا منافع البضع
لا يقابلها الثمن وعند زفر وهو قول الشافعي ورواية عن ابي يوسف يجب
البيان لاجل النقصان في صورة الاعوار اما في صورة وطء الثيب فلا خلاف
وقال ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ ورجحه في الفتح وعن احمد انه ان نقصه
قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان وقيل كلامه انه لو تغير
السعر بامر الله لا يجب عليه ان يبين بالاولى انه اشتراه في حال غلائه وكذا
لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ كما في البحر (وان فقئت عينها) بفعل
الغير سواء فقأها المولى او الاجنبي بامر المولى او بدونه (او وطئت وهي بكر)
سواء كان الواطئ مولاها او غيره (او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم
البيان) اي بيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب حيث احتبس عنده جزء من
المبيع وهو العذرة والعين لان ازالة العذرة واخراج العين صنعا كونها في مقابلة
فلا يملك بيع الباقي بكل الثمن مرابحة وتولية لان الاوصاف اذا صارت مقصودة
بالاتلاف صار لها حصة من الثمن بلا خلاف اما اذا فقأها الاجنبي فيجب
البيان اخذ ارشها او لا لانه لما فقأ الاجنبي اوجبت عليه ضمان الارش ووجوب
ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه فما وقع في الهداية من التقييد
بقوله واخذ المشتري ارشه اتفاقي كما في الفتح وانما قلنا بمباشرة الغير لانه اذا فقأها
بدون فعل احد فهو بمنزلة ما لو ذهبت بآفة سماوية (وان اشترى بنسيئة ورابح
بلا بيان خير المشتري) اي من اشترى ثوبا بعشرة نسيئة وباعه بربح واحد حالا
ولم يبين ذلك ثم علم المشتري خيانته يصير مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله لان
للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة احتياطا فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما
(فان اتلفه) اي المشتري المبيع (ثم علم لزم بكل ثمنه) المسمى اذ ليس له الولاية
الرد ولا رد مع الاتلاف ولو عبر بالتلف لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم
التلف بالاولى بخلاف العكس كما في البحر (وكذا التولية) يعني لو اشترى نسيئة
وولاه بلا بيان ثم علم المشتري الخيانة خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة
لابتنائها على الثمن الاول كما في الزاهد وغيره لكن ينبغي ان يعود قوله وكذا التولية
الى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية ايضا كما في البحر

(ولو اشترى ثوبين بصفقة كلا بخمسة كره بيع احدهما مرابحة بلا بيان) اي من غير بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردى لترويجه وهذا عند الامام (وقالا لا يكره) قيد بثوبين لان المشتري او كان مما يكال او يوزن او يعد يجوز بلا كراهة اتفاقا وقيد بقوله بصفقة لانه لو كانا بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا وقيد بكلا بخمسة اذ لو بين ثمن كل واحد منهما لا يكره اتفاقا وقيد بخمسة لانه لو باعه بالزائد لا يجوز اتفاقا وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها في الحكم كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لا يكره اتفاقا (ومن ولى) اي باع شيئا بالتولية (بما قام عليه) او بما اشتراه (ولم يعلم مشتر به قدره) بكم قام عليه في المجلس (فسد) البيع لجهالة الثمن وكذا المرابحة (وان علمه) اى علم المشتري قدره في المجلس (خير) بين اخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس فان علم بعد التفرق يتقرر الفساد وفي التنوير لارد بغبن فاحش في ظاهر الرواية و يفتي بالرد ان غره والالا وتصرفه في بعض المبيع غير مانع منه

(فصل)

في بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك ووجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في بابها الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد (لا يصح بيع المنقول قبل قبضه) لنهيه عليه السلام عن بيع مالم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبته والتصدق به واقراضه قبل القبض من غير البائع فانه صحيح عند محمد على الاصح خلافا لابي يوسف واما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبائع حبسه بالثمن وان نقده نفذت كما في التبيين ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف واما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز بدليل صحة تزويج الابق واما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا واطلاق البيع شامل للاجارة والصلح لانه بيع وقيد بالمنقول لانه لو كان مهرا او ميراثا او بدل الخلع او العتق عن مال او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض بالاتفاق والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز ومالا فجائز كما في البحر (ويصح في العقار) اى يصح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين (خلافا لمحمد) وهو قول زفر والشافعي عملا باطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك

بالعقار نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لا يجوز بيعه بان كان على شط البحر او كان المبيع علوا فعلى هذا او قيد بلا يخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان اولى تدبر بخلاف المنقول والمراد المنهى عنه انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز واعلم بالصحة دون النفاذ واللزوم لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن او رضاء البائع والا فللبائع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما فى البحر (ومن اشترى كيليا كيلا) اى بشرط الكيل (لا يجوز له) اى للمشترى (بيعه ولا اكله حتى يكيله) ثانيا لقوله عليه السلام اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل ولاحتمال الغلط فى الكيل الاول اذ ربما ينقص او يزيد فالزيادة للبائع فيصير التصرف فى مال الغير حراما فيجب الاحتراز لكونه ربوا بخلاف ما اذا اشترى مجازفة لان الكل له ولم يذكر فساد البيع ونص فى الجامع الصغير على فساده وفى الفتح نقلا عن الجامع الصغير او اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه آثم لترك ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها فاكلها وقد تقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما (وكفى كيل البائع بعد العقد بحضرته) اى بحضرة المشترى لان المبيع صار معلوما به وتحقق التسليم (وهو الصحيح) رد لما قيل شرط كيلان كيل البائع بعد العقد بحضرة المشترى وكيل المشترى لحل التصرف فيه قيد بعد العقد وبحضرة المشترى لانه اذا كاله قبل العقد مطلقا او بعده فى غيبة المشترى لا يكون كافيا كما فى البحر (ومثله) اى مثل الكيلى (الوزنى والعددى) غير الدراهم والدنانير اى اى لا يبيعه ولا ياكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفى ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشترى وفى المجتبى لو اشترى المعدود عدا كالموزون فحرمة الزيادة عليه هذا عند الامام فى اظهر الروايتين وعنه انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى هذا يلزم للمص التفصيل تدبر وانما قيد باستثناء الدراهم والدنانير لانهما يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما فى الايضاح هذا كله فى غير بيع التعاطى اما هو فلا يحتاج الى وزن المشترى ثانيا وان صار بيعا بالقبض بعد الوزن وفى الخلاصة وعليه الفتوى (لا المذروع) اى لا يحرم بل يجوز بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعد القبض لان الزيادة له اذ الذراع وصف فى الثوب وامثال النقص انما يوجب خياره وقد استقصيناه بعده بخلاف القدر وفى التبيين هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (وصح التصرف فى الثمن) بيع وهبة

واجارة ووصية وتمليك ممن عليه بعوض وغير عوض (قبل قبضه) سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من حنطة جاز ان يأخذ به له شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اى فى النقود بخلاف المبيع كما فى العناية وغيرها لكن المدعى عام وهو التصرف فى الثمن قبل القبض جائز مطلقا سواء كان مما لا يتعين او مما يتعين كما مر والدليل وهو انتفاء غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر (والحط منه) اى صح حط البائع بعض الثمن ولو بعد هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقا (و) صح (الزيادة فيه) اى فى الثمن (حال قيام المبيع) ان قبل البائع فى المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما فى الهداية وغيرها فعلى هذا لو قيد به لكان اولى لانه مما لا بد منه (لا بعد هلاكه) اى المبيع فى ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع او تغير بتصرف المشترى فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر طحن او خرج عن محلية المبيع كعبد دبر لا تجوز الزيادة اذ ثبوتها ملحوظ فى مقابلة الثمن وهو غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه (وكذا) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البائع دفعها ان قبل المشترى ذلك لانه تصرف فى حقه وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد فى الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشترى عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة فى الثمن كما فى البحر وقال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان الظاهر من الكافى ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت فى الثمن او فى المبيع تصح فى رواية ولا تصح فى ظاهر الرواية لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف فتستدعى قيام العقد وقيامه بقيام المبيع وذكر فى بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة فى المبيع او الثمن انما تجوز اذا كان المبيع قائما ولا تجوز لو كان المبيع هالكا فبين هذا وبين ما ذكر منافاة فليتأمل فى التوفيق (ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك) اى استحقاق البائع والمشترى بكل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وقال صدر الشريعة ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع

او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزيادة صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعي انتهى واعترض عليه صاحب الدرر بانه لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الاستحقاق يظهر في التولية والمرابحة فليتأمل (فابرابح ويولى) هذا تفريع على صحة زيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد (على الكل ان زيد وعلى ما بقي ان حط) لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه (والشفيع يأخذ بالاقل في الصورتين) اي صورة الزيادة على الثمن وصورة الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ابطاله (ومن قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك كذا) اي مائة مثلا (من الثمن سوى الالف اخذ) اي مولى العبد (الالف من زيد والزيادة منه) اي من الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل المقابل للمبيع فكانه التزم بعض ما ورد عليه العقد من الثمن فيؤخذ منه (وان لم يقل من الثمن) والمسئلة بحالها (فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولا شيء عليه) من الثمن على القائل لانه لم يزد فان قيل فكيف لا شيء عليه وعبارته صريحة بالضمان قلنا مبنى الكلام على انه قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن سوى الالف فالضمان انما يتعلق بالثمن فلا شيء عليه من الثمن هذه المسئلة من تفاريع زيادة الثمن وفي ذكرها فائدة جوازها من الاجنبي ايضا ولهذا ذكرها المص في هذا الباب ولقد اصاب ولم يذكر صاحب الهداية بل اوردها بعد السلم (وكل دين اجل باجل معلوم صح تأجيله) وان كان حالا في الاصل لان المطالبة حقه فله ان يؤخره سواء كان ثمن مبيع او غيره تيسيرا على من له عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولا بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالا ويصح تعليق التأجيل بالشرط كما في البحر (الا القرض) استثناء من قوله وصح تأجيله اي فلا يصح تأجيله لكونه اعارة وصلة في الابتداء ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وفي القهستاني ان القرض المجحود يجوز تأجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة القرض لكثرة الاحتياج اليها في المعاملات فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله وصح في مثلي لا في غيره فصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا ما يكال

او يوزن او يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض ولحم استقرض طعاما بالعراق فاخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابي يوسف وعند محمد يوم اختصما وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض في بلد فيه الطعام غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بان يوثق به حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه استقرض شيئا من الفواكه كيلا اووزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجيء الحديث الا ان يتراضيا على القيمة ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابي يوسف اقرض صبيا فاستهلكه الصبي لا يضمنه وكذا المعتوه ولو عبدا محجورا لا يؤاخذ به قبل العتق وهو كالوديعة استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض فقال المستقرض القها في الماء فالقاها لاشيء على المستقرض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط والفاسد فيها لا يبطله ولكنه يلغو شرطه رد شيء آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدي صحيحا كان باطلا وعليه مثل ما قبض (الا في الوصية) فهو استثناء من المستثنى يعني اذا اوصى ان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصي الا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (ولا يصح التأجيل الى اجل مجهول متفاحش) الجهالة (كهبوب الريح) ونزول المطر مثلا (ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه) كما جاز ذلك في الكفالة

(باب الربا)

وجه مناسبته للمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق تلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون فلامه واو ولذا قيل في النسبة ربوي وفتحها خطاء وفي المصباح الربوا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص ولذا عرفه شرعا بقوله (هو فضل مال) اي فضل احد المتجانسين على الآخر بالمعيار الشرعي اي الكيل والوزن ففضل قفيزي شعير على قفيزي بر لا يكون ربوا (خال) ذلك الفضل (عن عوض) قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكري شعير وكر شعير بكري بر

(شرط) جملة فعلية صفة لفضل مال اى شرط ذلك الفضل (لاحد العاقدين) اى البائعين او المقرضين او الراهنين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما وفى الاصلاح فى احد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبائع او المشترى انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل وعقد الفضولى يتوقف على قول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل او المالك ولاحاجة الى التبديل تدبر (فى معاوضة مال بمال) قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس واكل الثمر فان الكل ربوا حرام كما فى القهستانى (وعلته) لوجوب المماثلة التى يلزم عند فواتها الربوا وفى اصطلاح الاصول العلة ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه لايضاف اليه ثبوته والسبب والعلامة وعلة العلة لانها بالواسطة (القدر) لغة كون شئ مساويا لغيره بلا زيادة ولا نقصان وشرعا التساوى فى المعيار الشرعى الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل والوزن (والجنس) اى مع اتحاد الجنس فى العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره والاكمال الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة كما يشاء والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربوا ولايعتبر الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء (فحرم) تفريع على كون العلة القدر والجنس (بيع الكيلى والوزنى بجنسه) كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب مثلا (متفاضلا) لوجود الربوا فى ذلك (او نسيئة) اى باجل لان فى ذلك شبهة الفضل اذ النقد خير (ولو) وصلية (غير مطعوم) خلافا للشافعى فان علة الربوا عنده الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لاتعمل العلة المذكورة عنده الاعند وجود الجنسية (كالجص) من المكيلات (والحديد) من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا (وحل) بيع ذلك (متماثلا بعد التقابض او متفاضلا غير معين كحفنة بحفنتين) لانتفاء جريان الكيل ومادون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة لانه لاتقدير للشرع

بعادونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع او اكثر والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في العناية (وبيضة ببيضتين وتمرة بتمرتين) وحاصله ان ما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين واما لكونه عدديا لا يباع بالمعيار الشرعي كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلا لعدم جريان القدر والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقي على الاصل وهو الحل عندنا خلافا للشافعي لوجود علة الحرمة وهي الطعم مع عدم المخلص وهو المساواة فيحرم لان الاصل عنده الحرمة (فان وجد الوصفان) اي الكيل اوالوزن مع الجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (و) حرم (النساء) ولو مع التساوي كقفيز بقفيزين عند احدهما او كلاهما نسيئة لوجود العلة (وان عدما) اي كل منهما (حلا) اي الفضل والنساء لعدم العلة الموجبة المحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة (وان وجد احدهما فقط حل التفاضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزي شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئي العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الآخر وهو الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروي بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لان الجنسية موجودة دون القدر (لا النساء) اي لا يحل النساء في هاتين الصورتين ولو بالتساوي وذلك لان جزء العلة وان كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة في الربوا والشبهة في باب الربوا ملحقة بالحقيقة لكنها ادون من الحقيقة فلا بد من اعتبار الطرفين ففي النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الخبر المشهور وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد يؤيد ما قلنا وعند الشافعي ان الجنس بانفراده لا يحرم النساء كما في شرح الوقاية ثم فرعه بقوله (فلا يصح سلم هروي في هروي) لوجود الجنس والنساء في المسلم فيه (ولا) سلم (بر في شعير) لوجود القدر مع النساء (وشرط التعيين والتقابض) في المجلس (في الصرف) لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه خذ يدا بيد والمراد به القبض كني بها عنه لانها آلته (و) شرط (التعيين فقط في غيره) في غير عقد الصرف من الربويات ولا يشترط التقابض في بيع الطعام بمثله عينا حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز عندنا خلافا للشافعي وانما قلنا بمثله اذ التفاضل لا يجوز اتفاقا وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا لا يجوز اتفاقا اما عندنا فلعدم العينية

واما عنده فلعدم العوض بلا مساوي قوله عليه السلام الطعام بالطعام يدا بيد ولانه اولم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فيوجد في القبض الاول مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن في التصرف فيه فيترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه لتعيينه ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين المرواة عبادة بن الصامت كذا و تعاقب العوض لا يعتبر تعاونا في مال عرفا بخلاف النقد والاجل (وما نص) على صيغة المجهول (على تحريم الربوا فيه كيلا فهو كيلي ابدا كالبر والشعير والتمر والملح و) ان نص (على تحريمه) اي تحريم الربوا فيه (وزنا فهو وزني ابدا كالذهب والفضة واو) وصلية (تعورف خلافه) لان النص اقطع واقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (وما لا نص فيه) اي في كونه كيليا اووزنيا (حمل على العرف كغير الستة المذكورة) من الربالي الفضة لان الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام ما رأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال الشافعي هو محمول على عادة اهل الحجاز في عهد رسول الله عليه السلام قلنا ذلك في نصاب الزكوة و الكفارات لان الامة اجتمعت على خلاف ذلك في الباعات وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العرف وقد تبدل فيتبدل حكمه و قال المولى سعدي استقراض الدراهم عددا و بيع الدقيق وزنا على ما هو المعارف في زماننا ينبغي ان يكون مبنيا على هذه الرواية ثم فرعه بقوله (ولا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا) لان البر كيلي شرعا لا وزني (ولا يجوز بيع (الذهب بالذهب متماثلا كيلا) لان الذهب وزني لا كيلي وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه (وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين) عند الشيخين (خلافا لمحمد) بيع الفلس بجنسه متفاضلا يحتمل وجوها الاول ان يكون كلاهما في البيع معينا الثاني ان يكون المبيع معينا والثمن غير معين الثالث عكس الثاني الرابع ان يكون كل منهما غير معين والكل فاسد سوى الوجه الاول له ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما و اذابقيت اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما وتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (وتجوز بيع الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض ليعود غزلا اوقطنا و الكرباس الثياب من القطن والجمع كرابيس كالزباع القطن بغزله فانه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد وقال ابو يوسف

لا يجوز الامتساويا وقول محمد اظهر وفي المساوي وهو الاصح ولو باع قطنا غير محلوج بمحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الآخر والا لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن (و) يجوز (بيع اللحم بالحيوان) عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعي (لا يجوز بيعه) اي بيع اللحم (بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما في الحيوان) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي من اللحم بمقابلة السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون وهو القياس ولهما ان الحيوان ليس لحمه بمال ولا ينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة بالذكوة فيكون جنسا آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لانه لو باع احد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالاخرى جاز اتفاقا بان يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر ولو كانتا مسلوختين يجوز اذا تساويا وزنا ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقا موضع الخلاف بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان (و يجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا) لا متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى و به تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقيده ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لا يجوز خلافا للشافعي لعدم الاعتدال في دخوله الكيل لانه منكبس وممتلئ جدا وقوله كيلا احتراز عن الوزن لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة الى نفي قول الشافعي (لا) يجوز بيع الدقيق (بالسويق) اي اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية (اصلا) اي لا متفاضلا ولا متساويا عند الامام لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم (خلافا لهما) اي قالا يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما (و يجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا) خلافا للشافعي (وكذا) يجوز (بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا) عند الامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات لا بالصفات فيدخل تحت قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يتجانس على زعم المخالف يجوز ايضا لدخوله تحت قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد (خلافا لهما) لانتقاص الرطب بالجفاف و بيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف (وكذا) يجوز (بيع البر رطبا) بفتح الراء وسكون الطاء (او مبلولا بمثله او باليابس) (و) بيع (التمر) والزبيب منقعين بمثلهما (متساويا) حال من الجميع يعني

يجوز بيع البر رطبا او مبلولا بمثله او باليابس وبيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا عند الشيخين لان حال البيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوى فيه اختلفت الصفة اولم تختلف (خلافا لمحمد) فى جميع ذلك لانه اعتبر التساوى فى الحال والمآل وترك ابو يوسف الاصل الذى هو تحقق التساوى حال العقد فى بيع الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبى عليه السلام انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبى عليه السلام او ينقص اذا جف فقيل نعم قال لا فبقى الباقى على القياس (ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا) نقدا (وكذا اللبن) وعن الشافعى انهما جنس واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز الا متساويا ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض فى الذكوة وكذا اجزاؤها وقيد بالنقد لان بيعه نسيئة غير جائز بالاتفاق (والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضأن والبخت مع العراب) فلا يجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم فى الذكوة للتكميل وكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن فانهما جنسان فان قلت لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه جنس واحد ولم يتبدل بالصفة قلنا انما جاز لانه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة والمخلص ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصفة وفى الفتح ينبغى ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة اهل مصر بعظمه (ويجوز) بيع (خل العنب بخل الدقل) نقدا (متفاضلا) لانهما جنسان متغايران كاصلهما (وكذا شحم البطن بالالية او باللحم) اى يجوز بيعها متفاضلا وان كانت كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) يجوز بيع (الخبز بالبر او الدقيق او السويق) متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزنى او عددى والبر كيلى بالنص ولم يجمعهما قدر وكذا بيع الخبز بالدقيق او السويق متفاضلا لما ذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربوا هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما نسيئة سواء كان خبزا او برا او دقيقا فيجوز فى صورة كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره فيل يفتى به ويجوز فى صورة كون الخبز نسيئة عند ابى يوسف لانه اسلم فى موزون وقيل يفتى به وعن هذا قال (وان) وصلية (كان احدهما نسيئة به يفتى) للتعامل وفى الحاوى ويجوز بيع اللبن بالجبن (ولا يجوز بيع الجيد بالردى) اذا قوبل بجنسه مما فيه الربوا (الا متساويا) لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء (وكذا) لا يجوز بيع (البسر بالتمر) لاطلاق التمر على البسر (ولا) يجوز بيع (البر بالسويق)

او بالسويق او بالنخالة مطلقا) اى لامتساويا ولامتفاضلا لان المجانسة باقية من وجه باعتبار انهما اجزاء الحنطة (ولا) يجوز (بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) فى صورة بيع الزيتون به (والشيرج) فى صورة بيع السمسم به (اكثر مما فى الزيتون والسمسم) وفيه اللف والنشر المرتب وهو ان يرجع الاول للاول والثانى للثانى (ليكون الزيادة بالثجير) بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شئ يعصر اعلم ان البيع لا يجوز فى ثلث صور الاولى ان يعلم ان الزيت الذى فى الزيتون اكثر لتحقق الفضل من الدهن والثفل الثانية ان يعلم التساوى لخلو الثفل عن العوض الثالثة ان يعلم انه مثله واكثر اواقل فلا يصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالى فمالم يعلم لايفسد ويجوز البيع فى صورة بالاجماع بان يعلم ان الزيت المنفصل اكثر ليكون بالفضل وكل شئ بثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر كبيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه كما فى البحر (ولا يستقرض الخبز اصلا) اى لاوزنا ولا عددا عند الامام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة ومن حيث الخباز والتنور (وعند ابى يوسف يجوز) استقراضه (وزنا) لامكان التساوى فى الوزن لاعددا للتفاوت فى آحاده (وبه يفتى) وبه جزم صاحب الكنز وذكر الزيلعى ان الفتوى على قول ابى يوسف (وعند محمد يجوز عددا ايضا) للتعارف والتعامل وفى شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفى الفتح وانا ارى قول محمد احسن لكونه ايسر وارفق (ولاربوا بين السيد وعبده) لانه ومافى يده ملكه اطلقه وقيد بعض الفضلاء بما اذا لم يكن دين مستغرق لرقبته وكسبه واما اذا كان مستغرقا فيجرى الربوا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى فى كسبه كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير لكن اذا لم يكن مامعه لمولاه بان كان مديونا سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب اولغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم كحكم سائر البيوع ولذا لم يفصل تدبر وفى البحر ولاربوا بين المتفاوضين وشريكى العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما (ولا) ربوا (بين المسلم والحربى فى دار الحرب) عند الطرفين خلافا لابى يوسف والشافعى اعتبارا بالمستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله عليه السلام لاربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فباى طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان قال فى التسهيل وغيره ولا يجوز الربوا عند الامام بين مسلم ومن آمن ثمة لعدم العصمة فى مال

من اصابه فصار كمال الحربي وتحوز للمشتري احمر مال الحربي برضاه وان صيانه ربوا جرى بين مسلمين حرم وفيه كلام وهو ان عدم العصمة ممنوع الا ترى ان الغانمين لم يملكوا ما في يد من اسلم ثمه اذا ظهروا عليهم انتهى لكن يكفي الفرق بان مع الشئ من الروايات بحقيقته تمامه فلا يكون برضاه بخلاف ما اذا ظهروا عليهم واخذوا ما في يده من اصابه لانهم اخذوا قهرا لا بالرضاء فاحرز بما تقدم

(باب الحقوق والاستحقاق)

كان من حق مسائل الحقوق ان يذكره في الفصل الذي في اول النوع الاول المصنف الذي ترتب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولان الحقوق توابع فلق ذكرها بعد ذكر المسائل التي الاول صاحب الهداية ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة ثم ذكر مسائل الاستحقاق في باب آخر والمص ذكرهما في باب وليت شعري لم ترك اسلوبه والحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل وهو مصدر حق الشئ من باب ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وعامته في البحر فراجع (يدخل العلو والكنيف في بيع الدار) وان لم يذكر بكل حق هولها ونحوه لان الدار اسم لما دار عليه الحدود من الحائط وتشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه فيدخل فيه من غير ذكر وكذا الكنيف داخل فيما اطلق عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل واما الخارج فان كان اكثر منها اومثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان اصغر منها يدخل لانها تعد من الدار عرفا والكنيف المستراح كما في البحر وفي العناية الدار لغة اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وميزت عما جاورها بادارة خط عليها فبني على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب (لا) تدخل (الظلة) في بيع الدار الظلة الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره وفي الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب لكن عمم في الاصلاح فقال او على الاسطوانات في السكة سواء كان مفتحها الى الدار اولا ومن وهم انها السدة التي فوق الباب فقد وهم انتهى (الا بذكر كل حق

هولها) اى للدار (او بمرافقها) اى بذكر مرافقها وهى حقوقها اى بعتها لك بمرافقها (او بكل) حق (قليل وكثير هو فيها او منها) فحينئذ تدخل الظلة فى بيعها عند الامام (وعندهما تدخل) اى الظلة من غير ذكر شئ مما ذكرنا ان كان مفتحها فى الدار لانها من توابع الدار وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على غير بنائها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشبهين ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل فى بيع الدار بلا ذكر الحقوق لانها تعد من الدار عادة وفى الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما باع بيتا او دارا بمرافقهما لان الباب الاعظم من مرافقهما (ولا يدخل العلو فى شراء منزل الا بذكر نحو كل حق) اى الا ان يقول لكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه لان المنزل بين الدار والبيت اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه (ولا) يدخل العلو (فى شراء بيت وان) وصلية (ذكر كل حق) ونحوه مالم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه وفى الكافى ان هذا التفصيل مبنى على عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبتنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عرف اهله (ولا) يدخل (الطريق) فى بيع ماله طريق (ولا) يدخل (المسيل) فى بيع ماله مسيل (ولا) يدخل (الشرب) فى بيع ماله شرب (الا بذكر نحو كل حق) لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا يدخل الا بذكر نحو كل حق وفى القهستانى واللام للعهد اى مسيل الماء والنهر فى ملك خاص وشرب الارض ومائها وينبغى ان لا يدخل الشرب اصلا فى موضع يتعارف بيع الارض بلا شرب وطريق الدار عرضه عرض الباب الذى هو مدخلها وطوله منه الى الشارع او هو اعم ومن طريق خاص فى ملك انسان وقت البيع فلو سد الطريق القديم لم يدخل بذكره فالطريق الى الشارع العام والى سكة غير نافذة تدخل فى البيع كما فى المحيط لكن فى الخلاصة ان الاخيرة لا تدخل الا بما ذكر بخلاف الطريق النافذة فانها لا تدخل اصلا وان كان له حق المرور كما كان قبل الشراء (وتدخل) هذه الاشياء (فى الاجارة بدون ذكر) نحو كل حق اذ لم ينتفع الموجر بدونها ومثلها الرهن والصدقة الموقوفة وقال العينى ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج

(فصل)

في بيان احكام الاستحقاق (البينة حجة متعدية) الى الغير لظهورها في حق كافة الناس لان البينة لاتصير حجة الا بقضاء القاضي وله ولاية عامة فيتعدى قضاؤه في حق الكافة كما في التبيين وظاهره ان معنى التعدي انه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شيء قضى به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة في عتق ونحوه كما مر تحقيقه (والاقرار حجة قاصرة) فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه (والتناقض يمنع دعوى الملك لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية والطلاق والنسب) لان القاضي لايمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الآخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق والنسب فيعذر في التناقض لان النسب يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم كما في التبيين (فلو ولدت امة مبيعة) تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة يعني لو اشترى امة فولدت عنده من غير مولاه وفي الكافي ولدت لا باستيلاده (فاستحقت بينة تبعها ولدها) في كونه مستحقا وملكا لمن برهن (ان كان في يده) اي في يد المشتري (وقضى به) اي بالولد (ايضا) وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل للمستحق ولم يعرف الزوائد او في يد آخر وهو غائب لم تدخل الزوائد تحت القضاء لانفصالها عن الاصل يوم القضاء فعلى هذا ظهر تقييده بان كان في يده (وقيل يكفي القضاء بالام) لانه تبع لها فيدخل في الحكم فيها (وان اقر) المشتري (بها) اي بالامة المبيعة (لرجل لايتبعها ولدها) فيأخذ المقر له الامة لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولم يذكر النكول لانه في حكم الاقرار وفي البحر نقلا عن النهاية اما لا يتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل انتهى لكن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولى سعدي وفي البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لايوجب على المشتري شيئا كزوائد المغصوب (وان قال لشخص لآخر) اي لرجل يطلب شراء عبد (اشترني فانا عبد) لفلان (فاشتراه) اي الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو حر) اي ظهر انه حر واذا للمفاجأة (فان كان البائع

حاضرا او غائبا كان (مكانه معلوما لايضمن) العبد (الآمر) لوجود من عليه الحق وهو البائع (والا) اى وان لم يكن البائع حاضرا او لم يكن مكانه معلوما (ضمن) اى رجع المشترى على العبد بالثمن عند الطرفين لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على امره واقراره انه عبده اذ القول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرر والضرر (ورجع) العبد (على البائع) بالثمن (اذا حضر لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا وعند ابى يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة فلم توجد منهما كما قال اشترنى اوقال انا عبد ولم يزد على ذلك فانه لارجوع عليه بشئ بالاتفاق كما فى الفتح لكن فى العتابية ما يخالفه فليطالعه (وان قال ارتهنى) فانا عبد فارتهنه (فاذا هو حر فلا ضمان اصلا) سواء كان البائع حاضرا اولا وسواء كان مكانه معلوما او غير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور فى المعاوضة (ومن ادعى حقا مجهولا فى دار) فانكر المدعى عليه ذلك (فصولح) من الحق المجهول (على شئ) كمائة درهم مثلا فاخذه المدعى (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (فلا رجوع عليه) اى على المدعى بشئ من البدل لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل فمادام فى يده شئ لم يرجع (ولو استحق كلها) اى كل الدار التى ادعاها (رد) اى رد المدعى (كل العوض) للتيقن بانه اخذ عما لا يملكه فيرده (وفهم منه) اى من المذكور (صحة الصلح عن المجهول) على معلوم وفهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وفى المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيئان احدهما ان الصلح عن المجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة الثانى ان صحة الصلح لا يتوقف على صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى لو برهن لم تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وان بقى اقل منه رجع بحساب ما استحق والمص اقتصر بالاولى فقد قصر تدبر (ولو) كان المدعى (ادعى كلها) اى كل الدار (فصولح) على شئ كمائة مثلا (ثم استحق) شئ منها (رد) اى المدعى (حصة ما يستحق ولو) كان المستحق (بعضا) من الدار لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان الواو فى ولو زائدة لان المعنى حينئذ او كان المدعى ادعى كلها فصولح على شئ ثم استحق الكل رد المدعى حصة ما يستحق وليس كذلك لانه يرد حينئذ كل العوض كما مر آنفا بل المراد ههنا رد المدعى حصة ما يستحق

لوكان المستحق يضمانه ثم ذكر احكام الفضولي بلا فصل فقال (ومن باع فضولي) هو منسوب الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة وفي المغرب وقد غلب جمعه على ما لاخير فيه وقيل فضولي بلا فضل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ كما في البحر (ملكه) مفعول باع (اى بفسخه) مبتدأ مؤخر خبره لي (وله) اى للمالك (ان يجيزه) اى ينفذ بيعه موقوفا على اجازة المالك بالشرائط الاربعة كما في البحر وبينها بقوله (بشرط بقاء العاقدين) اى وله ان يجيزه ان شاء بشرط بقاء البائع والمشتري اما شرط بقاء البائع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حيوته فلا يلزمه بعد وفاته واما بقاء المشتري فلان الثمن لم يلزمه في حال حيوته فكيف لزمه بعد وفاته (و) بشرط بقاء (المعقود عليه) اى المبيع والمراد بكون المبيع قائما ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لان الملك لم ينتقل اليه بالعقد فلا ينتقل بعد هلاكه وفي البحر ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقائه وعدمه جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم بقاؤه (و) بشرط بقاء (المالك الاول) لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لا يفيد اجازة الوارث وانما جاز بيع الفضولي عندنا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد اليه فيثبت للفضولي القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافا للشافعي اذ عنده تصرفات الفضولي باطلة كلها وقيد المص بالاول ويستدرك لاطائل تحته تدبر (وكذا) بشرط بقاء (الثمن ان كان) الثمن عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه وبهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى اربعة اشياء وان كان (عرضا) يحتاج الى خمسة اشياء فلا وجه للحصر الى الاربعة كما قيل تدبر (واذا اجاز) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (فالثمن العرض ملك للفضولي) اى ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولي واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته في النقد لا في العقد (يجب عليه) اى يجب على الفضولي (مثل المبيع ان) كان (مثليا والا) اى وان لم يكن مثليا (فقيمته) لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له

فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما قضى دينا بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا (وغير العرض) يعنى ان كان الثمن فى بيع الفضولى دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى الغير عينهما فاجاز المالك البيع حال بقاء الاربعة جاز البيع وهو الثمن (ملك للمجيز امانة فى يد الفضولى) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة اوقبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (وللفضولى ان يفسخ قبل اجازة المالك) دفعا للحقوق عن نفسه لان حقوق البيع ترجع اليه بخلاف الفضولى فى النكاح حيث لا يكون الفسخ له قبل الاجازة لان الحقوق لا ترجع اليه (وصح اعتاق المشترى) اسم مفعول اوفاعل صلته (من الغاصب اذا اجيز البيع) يعنى لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشترى من الغاصب ثم اجاز المولى البيع صح العتق استحسانا عن المشترى عند الشيخين (خلافا لمحمد) وزفر وهو رواية عن ابى يوسف وهو القياس لانه لا عتق بدون الملك وجه الاستحسان ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه (ولا يصح بيعه) اى بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لان بالاجازة ثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله لاستحالة الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده) اى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند المشترى فاجيز) اى اجاز المالك البيع (فارشه) اى ارش يد العبد (له) اى لمشتريه لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع كالكسب والولد والعقر قبل الاجازة يكون للمشترى وكذا الحكم فى ارش جميع جراحاته فذكر اليد مثال وهو لا يخص كما لا يخفى وفيه سؤال وجواب فى المنح وغيره فليطالع (ويتصدق) المشترى (بما زاد) من ارش اليد (على نصف ثمنه) اى ثمن العبد وجوبا لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوبا واورد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما فى الفتح وقيد بما زاد لانه لا يتصدق بالكل وان كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد ووزع فى الكافى فقال ان لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك كما فى البحر (ومن اشترى عبدا من غير سيده ثم اقام) المشترى (البينة) بعد ما ادعى على البائع انه اقر قبل البيع بانى ابيع بغير

امر مولاه اوبعد البيع بان ثبت بغير امره اوبلى المولى انه امر بعدم امر البيع (على اقرار البيع) الفضولى (اوالسيد) بان اراد رد العقد على الاقرار (بعدم الامر) ببيع العبد المذكور (واراد) المشترى (رده) اى العبد (لاتقبل) بينة ابطال دعواه باشتراط اذاتفقا على العقد اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لاتثبت الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لاتقبل كما لواقام البائع البينة انه باع بلا امر اوبرهن على اقرار المشترى بذلك فانه لاتقبل (واواقر البائع) الفضولى (بذلك) اى بعدم امر رب العبد (عند القاضى وله) اى للمشترى (الرد) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لعدم التهمة وللمشترى ان يساعده فيتفقان وينتقض فى حقهما وهو المراد ببطلان البيع فى عبارته لافى حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا انفسخ فى حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشترى لبراءته بالتصادق وعند ابى يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع بناء على براءة الوكيل وتمامه فى البحر والمنح (واواشترى دارا من فضولى وادخلها) المشترى (فى بنائه فللمشترى على الفضولى) عند الامام وهو قول ابى يوسف اخرا (خلافا لمحمد) وهو قول ابى يوسف اولا وفى البحر يعنى اذا اقر البائع بالغصب وانكر المشترى لان اقراره لايصدق على المشترى ولابد من اقامة البينة لا ان عقد البائع لان الغاصب لايجور بيعه فعلى هذا يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه اتفاقى واما اذا لم يدخل حكم غيره بالاولى واراد بالدار العرصة بقرينة ادخالها فى بنائه

(باب السلم)

لما كان من انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط فى الصرف قبضهما وفى السلم قبض احدهما فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن قيل وفى اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل بآجل وفى البحر نقلا عن الفتح ليس بصحيح اصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرفه اولا بيع آجل بعاجل والظاهر ان قولهم اخذ عاجل بآجل تحريف من النساخ للجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف انتهى وعن هذا قال (هو بيع آجل بعاجل) لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل عدم التغيير الا ان ثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء وفى الدرر وهو مشروع

بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهى قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع معدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم لان محمد بن العز الحنفى قال فى حواشى الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو من احد من الصحابة فى كتب الحديث وكانه من كلام واحد من الفقهاء انتهى (ويصح) السلم (فيما امكن ضبط صفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (ومعرفة قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لانه لا يفضى الى المنازعة وفى البحر السلم فى الذهب الفلانى فى وقت كونه حصر مالا يصح والسلم فى التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا (لا فى غيره) اى وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة وهذه قاعدة كلية تبتنى عليها كثير مسائل السلم فشرع المص فى ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعا عليها (فيصح) السلم كما فى الفرائد لكن لما كان المص شرع ان يبين الفصلين بالفاء فالاولى ان تكون تفصيلية تدبر (فى المكيل) كالبر والشعير (والموزون) كالعسل والزيت (سوى النقدين) من الدراهم والدنانير لانهما موزونة ولكنهما غير مثمنين بل خلقا ثمنين فلا يجوز السلم فيهما (و) يصح (فى العددى المتقارب) وهو ما لا يتفاوت آحاده (كالجوز والبيض عددا وكيلا) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت يهدر عرفا ولا خلاف فى جوازه عددا وانما الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عددا ايضا للتفاوت وانما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين لان العددى المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيرها فلا يجوز السلم فى شئ منها عددا للتفاوت الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما فى البحر وغيره لكن فى شرح المجمع وذكر فى المختلف يجوز السلم فى الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا وقال زفر يجوز كيلا ووزنا وكذا ذكر فى المبسوط وفى فتاوى الافطس اجمعوا على ان السلم يجوز فى الجوز كيلا وفى البيض وزنا انتهى فعلى هذا يظهر مخالفة ما فى البحر وغيره من انه منعه زفر كيلا تدبر (وكذا الفلوس) اى يصح السلم فيها عددا لان الثمنية فيها ليست خلقية وانما هى بالاصطلاح فللعاقدين ابطالها (خلافا لمحمد) لانها اثمان وفى البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد الى الوزن للعرف

لا الا ان يهجر اهل العرف كما هو في ديارنا وقد كانت في هذه الامصار عددية في ديارنا ايضا انتهى وعلى هذا يكون اختيار المص غير الظاهر ولهذا قيل خلافا لمحمد لكن الاولى ان يقول وعن محمد (وفي اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الطوب الني وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه الملبن (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد والقصر اذا طبخ (اذا سمى ملبن) بكسر الميم وفتح الباء والهاء (معلوم) لان التفاوت حينئذ يكون اقل (و) يصح السلم (في المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقته) اي غلظه ورقته وفي الفتح وصفته اي من قطن او كتان او مركب منهما وهو الملحم او حرير او نحو ذلك وصنعته كعمل الشام او الروم لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع قيل هذا اذا كان الثوب غير الحرير فلو كان حريرا لابد من بيان وزنه (و) يصح (في السمك المليح) اي القديد بالملح (وزنا ونوعا معلومين) لانه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه (وكذا الطري في حينه فقط) اي يصح في سمك طري حين يوجد غير منقطع بوقت دون وقت حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا (ولا يجوز) السلم (فيهما) اي في المالح والطري (عددا) لتفاوت آحاده بالكبر والصغر وعن الامام ان السمك لا يصح لا طريا ولا مالحا لانه لحم فصار كالسلم في اللحم وفي الايضاح والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وفي الكبار روايتان ولا فرق بين الطري والمليح (ولا) يصح السلم (في الحيوان) طيرا او غيره لتفاوت آحاده خلافا للشافعي اذ عنده يجوز اذا كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون والوصف والسن (والاطراف) كالرؤس والاكارع (ولا في جلوده عددا) لكون التفاوت في الصغر والكبر وعند مالك يجوز في الرؤس والجلود عددا للتقارب وفي العناية ولا يتوهم انه يجوز وزنا لانه عددا لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عددا وفي الذخيرة ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة حينئذ (ولا) يصح (في الحطب حزما ولا الرطبة جرزا) لان هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى اذا عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز ولو قيد الوزن في الكل صح كما في الفتح (ولا تصح في الجوهر والخرز) بالتحريك الذي ينظم لتفاوت آحادها الا صغار اللؤلؤ لو كانت تباع وزنا فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به (ولا) يصح (في اللحم طريا) عند الامام (وقالا يصح اذا وصف موضع معلوم منه لصفة

معلومة) وفي البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وله ان يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي الى المنازعة وفي منزوع العظام روايتان والاصح عدمه ولذا اطلقه في الكتاب وفي الحقايق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع الامام فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا (ولا يجوز السلم بكيل اوزراع معين) قيد الكيل والذراع (لا يدري قدره) اي قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومي المقدار جاز (ولا) يجوز (في طعام قرية اوثمر نخلة معينة) اذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم قيد بقرية لانه لو اسلم في طعام ولاية يجوز لان وصول الآفة طعام كل الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدي من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كما في شرح المجمع (ولا) يجوز (فيما لا يبقى) في الاسواق والبيوت (من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين اي الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس اومنقطعا فيما بين ذلك لا يجوز لقوله عليه السلام لا تسلفوا في الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم اليه بعد العقد قبل ان يبلغ المحل اذ يحل الاجل ويلزم التسليم والاحتمال في هذا العقد ملحق بالحقيقة خلافا للشافعي اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول فلا يلزم الاستمرار (وشرطه) اي شرط جواز السلم تسعة اشياء ذكر المص منها ثمانية الاول (بيان الجنس كبر اوشعير و) الثاني بيان (النوع كسقية) بفتح السين وتشديد الياء اي مسقية وهي ما تسقى سيحا (او بخسية) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهي ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (و) الثالث بيان (الصفة كجيد اوردي و) الرابع بيان (القدر نحو كذا رطلا او كيلا مما لا ينقبض ولا ينبسط) فلا يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان ويجعل مثل قربة الماء كيلا عند ابي يوسف للتعامل (و) الخامس بيان (اجل معلوم) اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعند الشافعي الاجل ليس بشرط لانه عليه السلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه السلام في آخر الحديث الى اجل معلوم ولانه شرع رخصة للفقراء فلا بد من مدة ليقدر على التحصيل والتميم والايصال والتسليم (واقله) اي اقل الاجل في السلم

(شهر في الاصح) روى ذلك عن محمد وعليه الفتوى لان مادونه عاجل والشهر ومافوقه آجل بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر وقيل ثلثة ايام وقيل عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقال صدر الشهيد والصحيح مارواه الكرخي انه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه وفي الفتح وهو جدير بان لا يصح لانه لاضابط يتحقق فيه وكذا من رواية اخرى من الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا سبب فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان انتهى وفي البحر هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء مالا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله انتهى هذا مسلم ان كان العقد مخصوصا بالشهر لابالزيادة فليس كذلك لان مانحن فيه اقل بيان الاجل لا اكثره حتى يرد عليه قوله ان من الاشياء مالا يمكن تحصيله الى اخره لانه ان حصل في الشهر فبها وان لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر (و) السادس بيان (قدر رأس المال ان كان كيليا او وزنيا او عدديا) اى وشرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره وان كان مشارا اليه عند الامام

(فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) يعني اذا اسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط ويقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالظن فيكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال منقسم عليهما على السواء (ولا) يجوز السلم (بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه) كما في الوقاية يعني اذا اسلم عشرة دراهم وعشرة دنانير في عشرة اقفزة ولم يجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم تعلم وزنا يلزم عدم بيان حصة كل منهما من المسلم فيه وكذا اذا علم وزن واحد منهما دون الآخر حيث يلزم بطلان العقد في حصة مالم يعلم ويبطل في حصة الآخر للجهالة ولكون الصفقة واحدة واعترض بان هذا التصوير انما يستقيم على عبارة الهداية وغيرها حيث قالوا او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا يكون غير المعلوم رأس المال واما في عبارة الوقاية فلكون الظاهر ان غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة انتهى واجاب بعض الفضلاء والحق انه لا مخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لا يخفى تأمل (و) السابع بيان (مكان ايفائه) اي ايفاء المسلم فيه (ان كان له حمل) بفتح الحاء الثقل (ومؤنة) كالحنطة وقيل مالا يحمل

اى مجلس القضاء ضمانا وقيل مالا يمكن رفعه بيد واحدة هذا عند الامام
(وعندهما لايشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا) لانه صار معلوما
بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر رأس المال قد يفضى الى جهالة
المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال
فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدرى قدره فيفضى
الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم فى هذا العقد كالمحقق
لشرعه مع المنافى وفى البحر والاولى ان يعلل للامام بانه ربما لا يقدر على
المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما واما
ماذكروه فيندفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف ما اذا كان رأس
المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره (ولا) يشترط بيان
(مكان الايفاء ويوفيه فى مكان عقده) عندهما لان التسليم وجب بالعقد
فتعين مكانه له ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان
فى الاوامر وصار كالقرض والغصب وللامام ان التسليم غير واجب فى الحال
فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى الى المنازعة
لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة
وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف
كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان من قضية العقد عندهما
كما فى الهداية (ومثله) اى مثل المسلم فيه فى الخلاف فى اشتراط تعيين مكان الايفاء
(الثمن) المؤجل الذى لحمله مؤنة كما اذا باع ثوبا بمد حنطة مؤجلة فانه يشترط
بيان مكان ايفاء الحنطة عنده فى الصحيح وعندهما يتعين للايفاء مكان فى الثمن
وقيل لا يشترط فى الكل (والاجرة) كما لو استأجر دارا او دابة بمد كيل او موزون
موصوف بالذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى اجارة
الدار موضع الدار الايفاء وموضع تسليم الدابة فى اجارة الدابة (والقسمة) بان اقتسما
دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان
الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد (وما لا حمل له) ولا مؤنة كالمسك والكافور
ونحوهما (يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا) قال صاحب الهداية وما لم يكن له
حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه
فى المكان الذى اسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير فى البيوع وذكر
فى الاجارات يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
ولا وجوب فى الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق انتهى فعلى هذا قول المص فى الاصح احتراز عن رواية

الجامع الصغير وقوله انما يجب لعدم الاحتياج الى بيان الايفاء وقيد به اذ لم يكن له حمل ومؤنة فلا وجه لما قيل من ان قول المص يوفيه حيث شاء في الاصح انما لا يصح عن شيء لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه في الاصح وان ذكر بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك تدبر قيل هذا اذا امكن الايفاء في موضع العقد اذ لو كان العقد في لجة البحر او قلة الجبل يوفيه في اقرب الاماكن من مكان العقد وفي السنن شرطا الايفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الايفاء حتى اذا اوفاه في محلة منها برئ (و) الثامن (قبض رأس المال) ولو عينا بعد (قبل الفرق) اي قبل تفرق العاقدين بالبدن لان السلم اخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا تضر اقامة كل واحد منهما في مجلسهما او اكثر او نومهما والافتراق ان تتوارى احدهما عن صاحبه حتى اذ دخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقا (شرط بقائه) اي بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض ولو ابى المسلم اليه قبضه في المجلس اجبر عليه وفيه اشارة الى ان شرط الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض والشرط التاسع الذي لم يذكره المص هو القدرة على تحصيل المسلم فيه وزاد صاحب البحر سبعا آخر فليطالع (فلو) تفريع على قوله وقبض رأس المال (اسلم) رجل الى آخر (مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه في كر بطل) السلم (في حصة الدين فقط) سواء كان العقد مطلقا بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر حنطة ثم جعلا مائة من رأس المال تقاصا بالدين او مقيدا بان اسلمت اليك في مائة نقد ومائة دين لي عليك وسواء اضيف الى دراهم بعينها اولا وذلك لفقد القبض واعتباره دينا على المسلم اليه لانه لو كان الدين على الاجنبي فهو فاسد في حق الكل حتى لو نقد الكل من ماله في المجلس لم ينقلب جائزا بخلاف ما اذا كان الدين على المسلم اليه فانه بالنقد في المجلس ينقلب الى الجواز وعند زفر السلم باطل في الكل لسريان الفساد (ولا يجوز التصرف في رأس المال او المسلم فيه قبل قبضه) اي قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة وتولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ورأس المال شبيه بالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض وفي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض ولا يجوز وصورة الشركة فيه ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك وصورة التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما

(ولا) يجوز لرب السلم (شراء شئ من المسلم اليه برأس المال بعد التقايل) في عقد السلم الصحيح بعد وقوعه (قبل قبضه) بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك اورأس مالك اى لا تأخذ الا ما اسلمت فيه حال قيام العقد اورأس مالك بعد الانفساخ فتركنا القياس عملا به لان النبي عليه السلام جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس المال بعدها ثم لا يجوز الاستبدال قبل الاقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضا حق غيره فكذا بعدها برأس المال وعند زفر وهوقول الائمة الثلاثة يجوز استبدال رب السلم به شيئا من المسلم اليه قياسا باعتبار سائر الديون (ولو اشترى) المسلم اليه (كرا وامر رب السلم بقبضه) اى بقبض الكر الذى اشتراه ولم يقبضه من البايع (قضاء) اى لاجل القضاء عليه من الكر المسلم فيه (لم يصح) لانه اجتمعت صفقتان السلم وهذا الشراء فلابد من ان يجرى فيه الكيلان (ولو امر مقرضه بذلك صح) يعنى لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا (وكذا لو امر المسلم اليه رب سلمه بقبضه) اى بقبض الكر منه (له) اى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه ثانيا (لنفسه) اى لنفس رب السلم (فاكتاله) اى رب السلم (لاجل المسلم اليه ثم اكتاله لنفسه صح) لاجتماع الكيلين (ولو اكتال المسلم اليه فى ظرف رب السلم بامره) اى بامر رب السلم (وهو) والحال (انه غائب لا يكون قبضا) لان فى السلم لم يصح امر رب السلم بالكيل لان حقه فى الدين لا فى العين فامره لم يصادف ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه فى ظرف استعارة من رب السلم قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا او كاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم (ولو اكتال البايع كذلك) يعنى لو اشترى من آخر طعاما ودفع المشترى الى البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البايع والمشترى غائب (كان قبضا) لانه كان مالكا للعين بالشراء فامره صادف ملكه فيكون قابضا ضمه فى ظرفه وكان البايع وكيلا فى امساك الظرف فجعل فى يد المشترى حكما لان الوكيل فى القبض كالموكل (بخلاف مالو اكتاله) البايع (فى ظرف نفسه) لان المشترى صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه فلم يصح العارية لانها تبرع فلا يتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا فى يد المشترى (او) اكتاله (فى ناحية بيته) اى بيت البايع لان البيت ونواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا (ولو) اكتال (العين والدين فى ظرف المشترى) بان اشترى رجل من آخر كرا بعقد السلم وكرا معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر

المشترى البائع بان يجعل الكر فى ظرف المشترى (ان بدأ) البائع هو المسلم اليه (بالعين كان) المشترى هو رب السلم (قابضا) لهما اما فى العين فلصحة الامر فيه واما فى الدين فلاتصاله بملك المشترى كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار (وان بدأ) البائع (بالدين فلا) يكون قابضا لهما عند الامام اما فى الدين فلعدم صحة الامر فيه واما فى العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده فينتقض البيع مع ان الخلط غير مرضى به من جهة الامر لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين فلم يتحقق رضاؤه حتى يكون شريكا له (وعندهما صح قبض العين فان شاء رضى بالشركة) فى المخلوط (وان شاء فسخ البيع) لان الخلط ليس باستهلاك عندهما كما فى الهداية وخصه قاضيخان بقول محمد اما عند ابى يوسف اذا بدأها بالدين يصير قابضا لهما كالو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه فى الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم ير أ عن احدين وكذا لو استقرض رجل كرا ودفع اليه غرايره ليكيله فيهما ففعل وهو غائب لم يكن قبضا كما فى المنح (ولو اسلم امة فى كر من بر مثلا) اى جعل امة رأس المال فى اشتراء كر بعقد السلم (وقبضت) الامة اى قبضها المسلم اليه (ثم تقايلا) عقد السلم (فماتت) اى ثم ماتت الامة فى يد المسلم اليه (قبل ردها) اى الامة الى رب السلم (بقى التقايل) على حاله ولم يبطل بهلاكها وجب على المسلم اليه (قيمتها) اى الامة (يوم قبضها) اى الامة (ولو ماتت) الامة قبل الاقالة (ثم تقايلا صح) التقايل اى الاقالة بعد موتها ووجب على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان شرط الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كالو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلك احدهما بعد الاقالة واعتبار يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب (وكذا المقايضة) وهى بيع سلعة بسلعة (فى الوجهين) هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى الحق يعتبر المبيعة وفى الهلاك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) اى اذا اشترى امة بالف ثم تقايلا ماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه فى البيع انما هو الامة ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محلها كما فى الهداية وفى الدرر تقايلا البيع فى عبد فابق من يد المشترى فان لم يقدر المشترى على

تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله (ولو ادعى احد عاقدى السلم بيان الاجل او) ادعى (اشتراط الرداءة وانكر الآخر) يعنى لوقال احدهما شرطنا التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيئا اوقال احدهما شرطنا طعاما رديا وقال الآخر لم نشترط (فالقول لمدعيهما) اى لمدعى الاجل والرداءة (مطلقا) سواء كان مدعيهما رب السلم او المسلم اليه عند الامام لان المدعى يدعى الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذ الظاهر شاهد له لان العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه (وقالا للمنكر ان كان) المنكر (رب السلم فى) الصورة (الاولى) اى القول لرب السلم عندهما اذا ادعى المسلم اليه التأجيل لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل (او) كان المنكر (المسلم اليه فى) الصورة (الثانية) وهى الرداءة لانه منكر والاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة بان ينكر ما يضره مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما القول للمنكر سواء انكر الصحة اوغيرها وفى التنوير ولو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع يمينه وان برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المطلوب وان اختلفا فى مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة وان برهنا قضى ببينة المطلوب (والاستصناع) لغة طلب العمل متعد الى مفعولين وشرعا بيع ما يصنعه عينا فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا فلو كان العين من المستصنع كان اجارة لا استصناعا وكيفيته ان يقول لصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين (باجل) معلوم كان يقول شهرا مثلا (سلم) فيعتبر فيه شرائطه (فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره تعورف) الاستصناع فيه (اولا) عند الامام لان السلم بالاجل ثابت بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا والاستصناع بالاجل فى عرفهم فلا يحمل عليه وعندهما ان ضرب الاجل فيما تعورف فهو استصناع لان اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه وان ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال هذا اذا كانت المدة على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان استصنع على ان يفرغ عنه غدا اوبعد غد لا يصير سلما بالاجماع وحكى عن الهندوانى انه ان ذكره المستصنع فليس بسلم وان ذكره الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيه من العمل فاستصناع وان كان اكثر فسلم يراعى شرائطه (و) الاستصناع (بلا اجل) معلوم (يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطست وقمقمة) وغير ذلك من الاوانى (وهو بيع) والقياس ان لا يصح لانه بيع المعدوم وبه قال زفر

والائمة الثلاثة وجه الاستحسان ان المستصنع فيه المعدوم يجعل موجودا حكما كطهارة المعذور فنزل منزلة الاجماع للتعامل من زمن النبي عليه السلام الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر فانه جائز استحسانا للتعامل وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر (لاعدة) كما ذهب اليه الحاكم الشهيد قالا انما جاز مقرونا عنه ينعقد بالتعاطي ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة وفرع على كونه بيعا بقوله (فيجبر الصانع على عمله) ولو كان عدة لم يجبر (ولا يرجع المستصنع عنه) اى عن امره ولو كان عدة لجاز رجوعه (والمبيع هو العين لا عمله) اى عمل الصانع وقال البردعي عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول اصح لان المقصود هو العين وذكر الصنعة لبيان الوصف والاحسن ويكون المبيع هو العين لانه معطوف على ما بعد الفاء لا العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو اتى الصانع بما صنعه قبل العقد (غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه) اى المستصنع العين (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه (ولا يتعين المستصنع) بفتح النون (للمستصنع) بكسر النون (بلا اختياره) ورضاه (فيصح بيع الصانع له) اى للمستصنع بفتح النون (قبل رؤيته) ولو تعين له لما صح بيعه (وله اخذه وتركه) اى للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه ولا خيار للصانع فيجبر على العمل وعن الامام ان له الخيار دفعا للضرر عنه والصحيح الاول وعن ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما (ولا يصح) الاستصناع بلا اجل (فيما لم يتعارف) هو قيد (كالثوب) يعني لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقي على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فيجوز بطريق السلم وفي البحر دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من عنده واراه الذهب الموثبا من الاعشار والاخماس ورؤس الآي واوائل السور فامره رب المصحف ان يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح وفي الخانية رجل استصنع رجلا في شئ ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الى في كذا كذا وانكر المدعى عليه لا يحلف

(مسائل)

خبر مبتدأ محذوف اى هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبر عنها فى الهداية بمسائل منثورة وعبر فى التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التى تشذ على الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استذكرت سميت بها متفرقات من ابوابها اومنثورة على ابوابها (يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت) الكلب والفهد والسباع (اولا) عندنا لحصول الانتفاع بهم حراسة اواصطيادا وعن ابى يوسف لايصح بيع الكلب العقور لانه لاينتفع به فصار كالهوام المؤذية وذكر فى المبسوط انه لايجوز بيع الكلب العقور الذى لايقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب وهكذا يقول فى الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصاد به انه يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطياد به لايجوز والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى واجيب بانه ينتفع بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبى عليه السلام قضى فى كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وقال الشافعى لايصح بيع الكلب مطلقا وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد اولحفظ الزرع اوالمواشى اوالبيوت فجائز بالاجماع كما فى الشمنى واختلفت الرواية عن الامام فى القرد وكره عند ابى يوسف وجاز عند محمد والفيل كالهرة فى جواز بيعه وفى البزازية وشراء السباع جائز ولحمها لاوبيع الفيل جائز وفى التجنيس ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به فى اطعام سنورة بخلاف الخنزير لانه نجس العين وفى التخصيص اشعار بعدم جواز هوام الارض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وحرمة الانتفاع بها وقال بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية ولايخفى ان هذه المسئلة مستدركة بتمامه فى البيع الفاسد كما فى القهستانى لكن فى البحر وبيع غير السمك من دواب البحر ان كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والافلا (والذمى فى البيع كالمسلم) لانه مكلف بمثل هذه الاحكام كالمسلم بمعنى انما يحل لنا يحل لهم وان مايحرم علينا يحرم عليهم فى العقود لقوله عليه السلام فلهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين بعد اداء الجزية (الافى) بيع (الخمر فانها) اى الخمر (فى حقه) اى فى حق الذمى (كالخل) فى حقنا (و) الا (فى الخنزير) فانه (فى حقه كالشاة) فى حقنا وفى البحر لايمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع بهما شرعا لهم فكان مالا فى حقهم وعن البعض حرمتهما ثابتة على

بالعموم فى حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرائع فى الحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم لكنهم لايمنعون عن بيعهما لانهم لايعتقدون حرمتهما ويتمولون بهما وقد امرنا بتركهم ومايدينون (ومن زوج مشريته) لآخر (قبل قبضها جاز) لثبوت الولاية عليه بالشراء لانه سبب الملك فيحصل التصرف بالتزويج فى المبيع المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير فى عدم الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذ هو بفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه (فان وطئت) اى ان وطئها زوجها (كان) الزوج (قابضا لها) لان وطئ الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه (والا) اى وان لم يطأها الزوج (فلا) يكون قابضا اذ بمجرد التزوج لايتحقق القبض والقياس ان يتحقق وهو رواية عن ابى يوسف لانه تعيب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا وفى التنوير ولو انتقض البيع بطل النكاح فى المختار (ومن اشترى شيئا) منقولا (فغاب) المشترى قبل قبض المبيع ونقد الثمن (غيبة معروفة) بان علم مكانه فاقام بايعه بينة انه باعه منه (لايباع) ذلك الشئ (فى دين بايعه) اى لم يبعه القاضى فى دين البايع لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين (وان لم تكن) غيبة (معروفة) بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه (يباع فيه) اى فى الثمن (اذا برهن انه باعه منه) اى من الغائب (اذا لم يكن قبضه) الغائب لان القاضى نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى ايضا يبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال على القاضى بوجب اقراره فلا يحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اذا كانت البينة للقضاء لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشئ فى يده وقد اقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل شئ من الثمن يمسك للغائب وان نقص يرجع البايع على المشترى اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن العقار فان القاضى لايبيعه كما فى النهاية (وان غاب احد المشتريين) بان اشترى رجلان فغاب احدهما والمسئلة بحالها (فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه) اى حبس المبيع عن شريكه (اذا حضر) الغائب (حتى ينقد) شريكه (حصته) لانه مضطر

اذلا يمكنه الانتفاع بنصيبه الابأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقى منه شئ والمضطر يرجع واذاكان له ان يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين الى ان يستوفى حقه ولو حبس لايصير غاصبا وعند ابى يوسف كان متطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فهلك بالقيمة قيل هذا اذاكان الثمن حالا اما اذاكان مؤجلا فليس للحاضر دفعه وان حل الاجل (وان اشترى) شيئا (بالف مثقال ذهب وفضة فهما) اى الذهب والفضة (نصفان) اى يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف مالوقال من الدراهم والدنانير فانه لايحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد (وان قال بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم وزن سبعة) اى كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لاضافة الالف المبهم اليهما فيصرف الى الوزن المتعارف المعهود فى كل واحد منهما وفيه اشارة الى انه لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا فى المعاملات كلها كذا فى البحر وفى الفتح فى الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدرهم مايوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه ثقل اوخف يسمونه نصف فضة (ومن قضى زيفا بدل جيد غير عالم به) اى بالزيف (فانفقه اوهلك فهو قضاء) وبرئ ولارجوع عليه بشئ عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شئ واحد ومثل هذا التكليف غير معهود فى الشرع ولان الزيف بعد الانفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (وقال ابو يوسف يرد مثل الزيف ويقضى الجيد) لان حق صاحب الدين راعى من حيث الوصف لكن لايمكن رعايته بايجاب الضمان فى الوصف اذلاقيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابى يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول ابى يوسف وقيل قوله الانسب للفتوى وفى الاصلاح ومحمد فى قوله الاول مع ابى يوسف قيد بالاتلاف لانه لو كان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم وقيد بغير عالم به لانه لو كان عالما به عند القبض يسقط حقه

بلا خلاف (وان فرخ طيرا و باض فى ارض) متعلق بهما (اوتكنس ظبى فيها) اى تستر ومعناه دخل فى الكناس وهو موضع الظبى وفى بعض النسخ اوتكسر اى وقع فى ارض فتكسر رجله و يحترز به عما لوكسر رجل فيها فهو يكون للكاسر لا للآخذ (فهو) اى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذا اعد ارضه لذلك فهوله اوكان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه اومد يده فهو لصاحب الارض كما فى البحر وغيره فعلى هذه القيود كما قيدنا لكان اولى تدبر (وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف) لا للاصطياد يعنى يكون هو للآخذ (اودخل الصيد دارا) يكون ايضا للآخذ (ودرهم اوسكر نثر فوقع) الدرهم اوالسكر (على ثوب) احد (فان اعده) اى الثوب (صاحبه) اى صاحب الثوب (لذلك) اى لوقوع الدرهم اوالسكر عليه (اوكفه) اى جمع الثوب الى نفسه بعد السقوط عليه وان لم يعده (اواغلق باب الدار بعد الدخول ملكه) اى صار له بهذا الفعل (وليس لغير اخذه) اذ بالاعداد والكف يظهر انه طالب الاخذ فكان مستحقا وفى البحر نقلا عن الذخيرة ان اغلق الباب على الصيد وان لم يصر آخذه بالكلية حتى لوخرج الصيد بعد ذلك فاخذه غيره ملكه (كما لوحصل العسل في ارضه) اى جعل عسله فى ارض رجل (اونبت فيها شجرا واجتمع تراب بجريان الماء) فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر ثم انه مهد هنا قاعدة كلية فقال (ما) الذى اى (لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد) اربعة عشر شيئا على ماذكره المص تبعا لصاحب الكنز الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا مثلا فالبيع فاسد والاصل ان ماكان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد بالنهى عن بيع وشرط وماكان مبادلة مال بغير مال اوكان من التبرعات فانه لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات ويبطل الشرط فقط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق وكذا ماكان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات كما فى البحر (و) الثانى (الاجارة) بان آجر داره بشرط ان يقرضه المستأجر او يهدى اليه اوآجره اياها ان قدم زيد فهى فاسدة لانها فى معنى البيع (و) الثالث (القسمة) بان كان للميت دين

على الباقين فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهي فاسدة لانها في معنى البيع من حيث اشتمالها على الاقرار في المبادلة (و) الرابع (الاجازة) بان باع فضولي عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضني او تهدي الي او علقها بشرط لانها بيع معنى كما ذكره العيني ولا خصوصية لاجازة البيع بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح (و) الخامس (الرجعة) بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على ان تقرضني كذا او ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه كما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كما ذكره العيني قال في البحر وهو سهو ظاهر وخطأ صريح وسيأتي في النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه وفصل كل التفصيل فليراجع لكن يفرق بين النكاح والرجعة بانه لا يشترط فيها رضى الزوجة ولا شهود ولا مهر وبانه يجوز عودا لامة على الحرة التي تزوجها بعد ما طلق الامة بخلاف النكاح تدبر (و) السادس (الصلح عن مال) اي بمال بان قال صالحتك على ان تسكنني في الدار سنة مثلا لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن الدين) بان قال ابرأتك عن ديني على ان تخدمني شهرا او قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط الا اذا علق بكائن كما قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن وفي البحر وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثا وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب (و) الثامن (عزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك على ان تهدي الي شيئا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد كما ذكره العيني وفي البحر وتعليقه يقتضي عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندي ان هذا خطأ ايضا فان عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام لانه اذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما ورد في الرجعة وغيرها تدبر (و) التاسع (الاعتكاف) بان قال اعتكفت ان شفى الله مرضي او ان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل وفي المنح نقلا عن البحر وعندي ان ذكره من هذا القسم خطأ من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة ومن كونه لا يصح

دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة مالا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده وذكر بشرط البزازية من هذا القسم فقال وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم وقد ناقض الكمال كلامه فانه جعل ايجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه الى الخانية ولم ينقل في رواية مع انه قدم في باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور منجزا او تعليقا وهو صريح في صحة التعليق به وتمام تحقيقه في البحر فليراجع لكن ان مالا يصح تعليقه ومالا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لان النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط ويترتب لزومه على تحقق الشرط فلا يفسده كالنذر بسائر العبادات التي يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة المريض كما عرف في محله وقد ذكروا بعد هذا ان الوقف لا يصح تعليقه بالشرط ويصح تعليق النذر به فافترقا فتدبر (و) العاشر (المزارعة) بان قال زارعتك ارضي على ان تقرضني كذا اوان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بان قال ساقيتك شجري اوكرمي على ان تقرضني كذا اوان قدم فلان لانها اجارة ايضا (و) الثاني عشر (الاقرار) بان قال لفلان علي كذا ان اقرضني كذا اوان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به بخلاف ما اذا علق بموته اوبمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك الاحتراز عن الجحود اودعوى الاجل فيلزمه للحال (و) الثالث عشر (الوقف) بان قال وقفت داري ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا وفي البحر والوقف في رواية فظاهره ان في صحة تعليقه روايتين وفي الفتح وشرطه ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا (و) الرابع عشر (التحكيم) بان يقول المحكمان اذا اهل شهر اوقالا لعبد اوكافر اذا اعتقت اواسلمت فاحكم بيننا (عند ابي يوسف خلافا لمحمد) فانه يجوز تعليقه عنده بشرط واضافته الى زمان كالوكالة والقضاء وله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال وفي الخانية الفتوى على قول ابي يوسف ولم يتعرض فيه لقول الامام وقد قال بعض شارحي الكنز فانه لا يصح عنده وعليه الفتوى ولم يتعرض لقول الامامين (وما) اي الذي (لا يبطله الشرط الفاسد) وهو سبعة وعشرون شيئا على ما ذكره المص الاول (القرض) بان قال اقرضتك هذه

المقرض بشرط ان تخدمنى شهرا مثلا فانه لايبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه يختص بالمبادلة المالية والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلايؤثر فيها الشروط الفاسدة وفى البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لايلزم (و) الثانى (الهبة) بان قال وهبت لك هذه الجارية بشرط ان يكون حملها لى (و) الثالث (الصدقة) بان قال تصدقت عليك على ان تخدمنى جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بان قال تزوجتك على ان يكون لك مهر كما عرف فى موضعه (و) الخامس (الطلاق) بان قال طلقتك على ان لاتتزوجى غيرى (و) السادس (الخلع) بان قال خالعتك على ان يكون لى الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق) بان قال اعتقتك على انى بالخيار (و) الثامن (الرهن) بان قال رهنت عندك عبدى بشرط ان استخدمه (و) التاسع (الايصاء) بان قال اوصيت اليك على شرط ان تتزوج ابنتى (و) العاشر (الوصية) بان قال اوصيت لك ثلث مالى ان اجاز فلان ذكره العينى وقال فى البحر وفيه نظر لانه مثال تعليقهما بالشرط والكلام الآن فى انهما لايبطل بالشرط الفاسد انتهى لكن فيه كلام لان الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق ومع الصحة ومعناه انه يفسد لوكان لايجوز التعليق به وهنا يجوز فليتدبر (و) الحادى عشر (الشركة) بان قال شاركتك على ان تهدينى كذا (و) الثانى عشر (المضاربة) بان قال ضاربتك فى الف على النصف فى الربح ان شاء فلان او ان قدم زيد ذكره العينى وفى البحر وهو مثال لتعليقهما بالشرط وهذا الذى وقع للعينى دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه لواتى بالامثلة التى ذكروها فى الابواب لكان انسب انتهى لكن فيه كلام قدقررناه فى الوصية تدبر (و) الثالث عشر (القضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على ان لاتعزل ابدا (و) الرابع عشر الامارة بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على ان لاتركب (و) الخامس عشر (الكفالة) بان قال كفلت غريمك ان اقرضنى كذا ماذكره العينى وفى البحر وهومثال لتعليقهابالشرط انتهى والجواب قدمر تدبر (و) السادس عشر (الحوالة) بان قال احلتك على فلان بشرط ان لاترجع عليه عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بان قال وكلتك ان ابرأتنى عن مالك على ذكره العينى وفى البحر وهومثال تعليقها بالشرط انتهى وقدمر الجواب تدبر (و) الثامن عشر (الاقالة) بان قال اقلتك عن هذا البيع ان اقرضتنى كذا ذكره العينى وفى البحر نقلا عن القنية لايصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انهما لوتقايلا باقل من الثمن الاول

او بجنس آخر لم تفسد و وجب اقل الاول وهو مثل انها لم تطل بالشرط واما ما ذكره المحشي فقال انه فيها نظر وفيه كلام قدم مرارا (و) التاسع عشر (الكتابة) بان قال المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من البلد او على ان لا تسافر ولا تنا او على ان لا تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح و يبطل الشرط وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد واما اذا كان داخلا بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوه فانها تفسد به على ما عرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بان قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة على ان تتجر الى شهر او سنة ونحوهما لانه ليس بعقد وانما هو اسقاط والاسقاطات لا تتوقف (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني لان النسب مما يحتاط ويحتاط في ثبوته (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات ولا يحتمل الشرط وكذا الابراء عنه ولم يذكره اكتفاء به (و) الثالث والعشرون (الجراحة) بان صالح عنها بشرط اقراض شيء او اهدائه وقيد صاحب الدرر بالتي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول وكذا اذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الاول (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بان قال الامام لحربي طلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط والبحث الذي اعترض الحموي مرارا فيه فتأمل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بالعيب) بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا ارده عليك ان شاء فلان مثلا (او بخيار الشرط) وهو السادس والعشرون اي وتعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع او قال اسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط كما في البحر وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب باطل وله الرد بالعيب وفي خيار الشرط صح بلا شرط ومثل في الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثاني بقوله او قال ابطلت خياري اذا جاء غد انتهى ومقتضاه انه اذا قال ذلك بطل خياره اذا جاء غد فقال صاحب البحر يبطل الشرط ليس بظاهر تدبر (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط كما في البحر لكن يرد عليه بان هذا

مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفا والمص لم يذكر ما تصح اضافته الى المستقبل وما لا تصح واقتصر من القاعدة على ماذكر لكن قال فى التنوير والغرر وما تصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية بالمال والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف وما لا تصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

(كتاب الصرف)

وجه المناسبة بالبيع وتأخيره ظاهر (هو) لغة النقل والزيادة وشرعا هو (بيع ثمن بثمن) اى ما خلق للثمنية (تجانسا) كبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب (اولا) كبيع الذهب بالفضة او بالعكس ودخل تحت قولنا ما خلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف لانه خلق للثمنية (وشرط فيه) اى فى الصرف اى شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده وهو الصحيح المختار كما فى البحر (التقابض قبل التفرق) بالابدان حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا فى جهة واحدة ثم تقابضا قبل الافتراق صح وكذا لو طال قعود هما فى مجلس الصرف او ناما او اغمى عليهما فيه ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله والمعتبر افتراق العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه دين فارسل رسولا فقال بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد تتعلق بالمرسل لا بالرسول وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز لانهما متفرقان بابدانهما كما فى البحر (وصح بيع الجنس بغيره) يعنى الذهب بالفضة او بالعكس (مجازفة وتفضيلا) ان تقابضا فى المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل القبض بطل لفوات الشرط والمراد بالقبض القبض بالبراجم لا بالتخلية (لا بيعه) اى بيع الجنس (بجنسه) لا مجازفة ولا بتفضيل (الا متساويا) لما مر فى الربوا لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وفى المجازفة احتمال الربوا فلا يجوز (وان) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لان المماثلة

في الاوصاف لبيت بشرط اقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء ولا فرق في ذلك بين ان يكونا متعينين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب او تعين احدهما دون الآخر وفي البحر اذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير او درهما جيدا بدرهم ردي يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا ثم فرعه بقوله (فان بيع) الجنس بالجنس (مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز) والا فلا والقياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا الجواز لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده وانما قيد بيع الجنس بالجنس لان وضع المسئلة فيه قال في البحر وغيره لو باع الجنس بالجنس مجازفة فان علم تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا على ان مسئلة اختلاف الجنس قد تقدمت آنفا فلا حاجة الى التكرار وعلى هذا الظاهر فيستفاد ما قيل في تفسير قوله فان بيع اي الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر (ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه) اذ كل واحد منهما ثمن من وجه وهذا القدر يكفي في سلب الجواز لان الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات ثم فرعه بقوله (فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها) اي بالفضة (ثوبا قبل القبض فسد بيع الثوب) لفوات القبض الواجب في بدل الصرف ولان الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم الاولوية والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز قيل لانم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجارية لا في الاثمان الخلقية والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر (ولو اشترى امة تساوي الفا مع طوق) من فضة (قيمته الف بالفين) متعلق باشترى (ونقد) المشتري من الثمن (الفا فهو ثمن الطوق) لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع وقبض ثمن الامة ليس بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب (ولو اشتراها) اي الامة التي معها طوق (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل في الصرف باطل وفي البيع جائز فيصرف الاجل الى الامة دون الطوق اذ المباشرة على وجه الصحة لا على وجه البطلان ولو اشتراها بالفين نسيئة فسد في الكل وقيد بتاجيل البعض لانه لو اجل الكل فسد البيع في الكل عند الامام وقالا يفسد في الطوق دون الامة كما في البحر (ومن اشترى سيفا حليته خمسون) اي تساوي خمسين درهما (بمائة) متعلق باشترى (ونقد خمسين فهي حصة الحلية وان) وصلية (لم يبين) المشتري حصة الحلية لان حصة الحلية يجب قبضها في المجلس والظاهر من حال المسلم ان لا يترك الواجب فيحمل عليه وان لم يبينه ولم ينوه (او قال هي من ثمنهما) لان معنى قول المشتري خذ هذا من ثمنهما خذ بعضا من ثمن مجموعهما وثمن الحلية

بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز وقيل معناه خذ هذا على انه ثمن كل منهما وايس الحال كذلك فيكون من قبيل ذكر الاثنين وارادة الواحد كما قال الله تعالى نسيا حوتهما وقال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان وهنا صورتان احديهما ان يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الزيلعي وفي البحر معزيا الى المبسوط او قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع عن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له في بيان جهته وفي السراج او قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية ايضا لانها تدخل في بيعه تبعا واو قال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة ويمكن التوفيق بان يحمل ما ذكره الزيلعي على ما اذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج واما ما في المبسوط فانما قال خاصة وحينئذ كانه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل انتهى قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين او اقل منها لم يجز للربوا وان باعه بفضة لم يدروزنها لم يجز ايضا لشبهة الربوا خلافا لزفر ففي ثلاثة اوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوز وهو ما اذا علم ان الثمن ازيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقي في مقابلة النصل خلافا للائمة الثلاثة هذا اذا كان الثمن من جنس الحلية فان كان من خلافها جاز كيف ما كان لجواز التفاضل ولا خصوصية للحلية مع السيف بل المراد اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره اليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب او الفضة وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه (وان تفرقا) اى المتعاقدان (بلا قبض) شيء (صح) البيع (في السيف دونها) اى دون الحلية (ان تخلص) السيف عن الحلية (بلا ضرر) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة (والا) اى وان لم يتخلص بلا ضرر (بطل البيع (فيهما) اى في السيف والحلية لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف

وفي البحر تفصيل فليراجع (وإن باع إناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض بعض ثمنه ثم افترقا) قبل قبض الباقي (صح) العقد (فيما قبض فقط) لوجود شرطه وهو القبض قبل الافتراق وإنما يبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط (وكان مشتركا بينهما) لأن عقد الصرف وقع صحيحا أولا ثم طرأ الفساد على ما لم يقبض وهو لا يشيع على ما وجد فيه القبض فحدثت الشركة في الكل باعتبار الحالين ولا خيار له لتفرق الصفقة قبل التمام لأن صفقة الصرف تتم بالتقابض وإنه في المعنى ولا خيار للمشتري مثلا في هلاك أحد العوضين قبل القبض كما في البحر (وإن استحق بعضه) أي بعض الإناء (أخذ المشتري ما بقي بحصته أو رده) لأن الشركة عيب في الإناء لأنه يتبعض بضرره وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف ما مر لأن الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن وإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم انعقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز أطلق في خيار فشمل ما قبل القبض وبعده كما في البحر (ولو استحق بعض قطعة نقرة) وهي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (أخذ) المشتري (الباقي بحصته بلا خيار) لأن الشركة ليست بعيب في النقرة إذ لا يضرها التبعيض فلم يتضرر المشتري بالشركة فيها هذا لو كان الاستحقاق بعد قبضها أما لو كان قبل قبضها فله الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما في البحر والدرهم والدينار نظير النقرة لأن الشركة في ذلك لا تعد عيبا (وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم) استحسانا عندنا بصرف الجنس إلى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والأئمة الثلاثة لا يجوز هذا العقد أصلا (و) صح أيضا (بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير) بأن يجعل كر البر بكر شعير وكر الشعير بكر بر أو صرفا إلى جنسه فسد وفي البحر تفصيل فليطالع (و) صح (بيع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بأن يجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت قد علمت مما قبلها لبيان أنه لا يشترط أن يكون الجنسان من الطرفين بل إن كانا في طرف واحد فكذلك (و) صح بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للتساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة أيضا وفي الإصلاح قد ذكر صاحب الوقاية هنا مسائل من مسائل الربا وردها إلى بابها أولى انتهى ويمكن الجواب بأن يقال لما شرط التماثل في الصرف فرارا عن الفضل المؤدي إلى الربا فذكر مسألة بيع درهمين

ودينار وبيع كر بر وبيع درهم صحيح في الصرف لان مبناه على الجواز لا في باب الربوا لكون مبناه على عدم الجواز (و) صح بالاجماع (بيع دينار بعشرة هي) اى العشرة (عليه) وتقع المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربوا في دين سقط (او بعشرة مطلقة) اى صح استحسانا عندنا ان باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف العقد الى ما في ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (ان دفع الدينار ويتقاصان العشرة بالعشرة) والقياس عدم الجواز وهو قول زفر والائمة الثلثة لكونه استبدالا وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضاف فاقتضت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول قيل هذا اذا كان الدين سابقا اما اذا كان لاحقا فكذلك يجوز في اصح الروايتين وذلك بان باع دينارا بعشرة دراهم ثم باع مشتري الدينار ثوبا منه بعشرة وتقاصا ثم الظاهر ان قوله ويتقاصان معطوف على قوله ان دفع فيقتضي سقوط نون التثنية الا ان يقال انه استيناف لكنه بعيد ولو قال وتقاصا بصيغة المضي كما وقع في سائر الكتب لكان اسلم تدبر (وما غالبه الفضة او الذهب فضة وذهب) لف ونشر مرتب حكما اذ الحكم في الشرع للغالب لان الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية والدينار عن الدينارية لان النقود المستعملة بين الناس لا يخلو عنه ثم فرع بقوله (فلا يجوز بيع الخالص به) اى بغالب الفضة او بغالب الذهب (ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا) استثناء من مجموع ما في حيز قوله فلا يجوز (ولا يجوز استقراضه الا وزنا) كما في الجياد (وما غلب عليه الغش منهما) اى من الذهب والفضة بحيث لا يتميز عن الغش الا بضرر (فهو في حكم العروض) لا في حكم الدراهم والدنانير اذ الحكم للغالب في الشرع ثم فرعه بقوله (فبيعه) اى ما غلب عليه الغش (بالخالص على وجوه حلية السيف) لانه اذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز البيع ان تقابضا قبل الافتراق وتكون الفضة بالفضة والزيادة في مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون بالزيت اما اذا كانت الخالصة مثل ما في المغشوش او اقل اولم يعلم ايهما اقل فلا يجوز كما هو حكم حلية السيف على ما بيناه في موضعه (ويصح بيعه) اى بيع الذي غلب غشه (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلافه (بشرط التقابض في المجلس) في الصورتين او لوجود الفضة من الجانبين ومتى شرط القبض في الفضة اعتبر في النحاس لعدم التميز عنه الا بضرر هذا اذا عرف ان الفضة تخلص عند اذابة المغشوشة ولا تحترق اما اذا عرف انها تحترق وتهلك كان حكمها حكم النحاس الخالص ولا يجوز

بهما فيتعلق بها متعلقة (وما صح التبايع والاستقراض (بما يروج منها) أي من الدراهم التي غلب غشه من اسعب والاعتبار (وزنا) وان كان يروج وزنا (أو عددا) ان كان يروج عددا (أو بهما) أي بكل منهما ان كانت تروج بهما لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة (وتتعين بالتعيين) ما لم يروج (لكونها عروضا) بالاصطلاح حتى لو هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بهلاكها ويعطي مثلها عليه (ولو اشترى به) أي بالذي غلب غشه (فكسد) قبل النقد (بطل البيع) عند الامام لأن الثمنية ثبتت لها بالاصطلاح فإذا تركوا المعاملة بها كسدت ورجعت الى اصلها ولم يبق لما في قبل البيع ثمنه فلا يصح ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما ومثله او قيمته ان كان هالكا (وقالا لا يبطل البيع) لأن الثمن تعلق بالذمة والكساد عرض في الأعيان دون الذمة ولما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب قيمته ومن هذا قال (وتجب قيمته) أي قيمة الذي غلب غشه يوم البيع (عند أبي يوسف) لأنه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته في ذلك الوقت كالمغصوب وفي الذخيرة الفتوى على قول أبي يوسف (و) قيمته (آخر ما تعومل به عند محمد) أي قيمته يوم ترك الناس المعاملة لأن الأصول مردود المعنى الى قيمته الاعتبار بالانقطاع فيعتبر يومه وحد الكساد ان تترك المعاملة بها في جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه يتعيب فتخير البائع وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق وان وجد في يد الصيارفة او في البيوت كذا في البحر ولم يذكر فيما نقصت قيمتها قبل القبض او غلت وفي البزازية ولو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه اي غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بنقد ذلك العيار الذي كان وقت البيع (وما لا يروج منه) أي من الذي غلب غشه كرصاصة والستوقة (يتعين بالتعيين) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح وبقي النص اي يذكر حذف قوله ولا يتعين بالتعيين لكونه مناسبا وقع في سائر الكتب تبع (والمساوي الغش كغالبه في التبايع والاستقراض) فلا يجوز البيع به ولا اقراضه الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولا ينقض العقد لأن الخالص فيه موجود حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب الاعتبار بالوزن شرعا وإذا اشير اليه في المبايعة كان بيانا لقدره ووصفه ولا يتعلق البيع بعينه بل بمثله ويعطيه مثله لكونه ثمنا يتعين حكما في البحر (وكذا في الصرف) بين المساوي الغش كغالبه في الصرف أيضا حتى لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا (وقيل كغالبه) أي كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ولو بيعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه الفضة أو ما

لاغلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما (ويجوز البيع بالفلوس النافقة وان) وصلية (لم يتعين) لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع فوجبت في الذمة كالنقدين ولايتعين وان عينها كالنقد الااذا قال اردنا تعلق الحكم بعينهما فحينئذ يتعلق العقد بعينهما بخلاف مااذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لولم يتعين افسد البيع وهذا على قولهما وعلى قول محمد لايتعين وان صرحا واصله ان اصطلاح العامة لايبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما كما في البحر (فان كسدت) اى اشترى بها شيئا فكسدت قبل التسليم (فالخلاف في كساد المغشوش) يعني يبطل البيع عندالامام خلافا لهما هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر كما في اكثر شروح الهداية لكن في الفتح جواب محاصله لافرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذكل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبه الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلولم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به (ولواستقرضها) اى الفلوس (فكسدت يردمثلها) اى اذا كانت هالكة عند الامام واما اذا كانت قائمة فرد عينها بالاجماع لان المردود في القرض عين المقبوض حكما والايلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وانه حرام فلايشترط فيها الرواج (وعند ابي يوسف قيمتها) اى قيمة الفلوس (يوم القرض وعند محمد يوم الكساد) وقول ابي يوسف ايسر للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول الامام لاالى المفتى لان يوم الكساد لايعرف الابحرج (ولايجوز البيع بغير النافقة مالم يتعين) لانها سلعة فلابد من تعيينها (ومن اشترى بنصف درهم فلوس اودانق) بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم اوعلى نصف وهو الظاهر (فلوس اوقيراط) وهو نصف الدانق (فلوس جاز البيع) عندنا وكذا بثلث درهم اوربعه (وعليه) اى على المشترى (مايباع بنصف درهم اودانق اوقيراط منها) اى من الفلوس فقوله من الفلوس بيان لمايباع لان التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس لاتفاوت فيه فلايؤدي الى النزاع واقتصر النص على مادون الدرهم لانه لواشترى بدرهم فلوس اوبدرهمين فلوس لايجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما في الكافي (ولودفع الى صيرفي) وهو من يميز الجودة من الرداءة (درهما

وقيل [illegible] بعضه [illegible] و [illegible]) أي [illegible] من قيمة [illegible]
[illegible] نصف درهم (الاصح [illegible] في الكل) [illegible] لا [illegible]
[illegible] وهو قوله [illegible] نصف درهم [illegible] الزوائد لانه تابع [illegible]
[illegible] في المعنى الآخر [illegible] لا [illegible]
[illegible] ([illegible]) [illegible] ([illegible]) [illegible]
واصل الخلاف ان [illegible] بتكرار [illegible] وقد [illegible]
او قال [illegible] و [illegible] [illegible]
و [illegible] كان [illegible] (ولو كرر [illegible]
و [illegible]) لانه لما كرر صار [illegible] ودا وهذا [illegible]
[illegible] الآخرون [illegible] قال ابو نصر الاقطع هذا [illegible]
لان [illegible] الامام [illegible] في [illegible]
الآخر [illegible] في [illegible] الواحد [illegible] الصحيح [illegible]
وفي [illegible] (ولو قال [illegible]) اي [illegible]
([illegible] درهم [illegible]) [illegible] قال ابن الهمام [illegible]
[illegible] الدرهم [illegible] على رواية [illegible] ان يكون [illegible]
[illegible] على [illegible] ([illegible] الاصح [illegible] في الكل و [illegible]) والاول [illegible]
[illegible] (الاصح عنه و [illegible]) [illegible] ولم [illegible] على اجزاء
[illegible] الاصح [illegible] منه [illegible]
[illegible] والاموال [illegible] بكل حال وهو [illegible]
[illegible] بكل حال كالثياب والدواب [illegible]
كالمكيل [illegible] ان [illegible] والاصح واما [illegible]
[illegible] بالثمن والا [illegible] ومن حكم الثمن عدم [illegible] ووجوده [illegible]
[illegible] وعدم [illegible] والاصح الاستبدال به في غير
الصرف والسلم وحكم المبيع خلاف الثمن في الكل

(كتاب الكفالة)

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها لا تكون الا في المبايعات غالبا ولانها اذا كانت
بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء [illegible] ذكرها عقيب البيوع التي هي
معاوضة وهي في اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه
وقرئ بالتشديد اي [illegible] زكريا اي جعله كافلا لها [illegible]
وفي الشرع (ضم ذمة) اي ذمة الكفيل (الى ذمة) اي الى ذمة الاصيل

(فى المطالبة) وفى المنح واصله ان الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الآخر كما فى الكفالة بالمال اولا كما فى الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه ينظمهما هذا على رأى بعضهم وجزم مسكين فى شرح الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه اذا علمت هذا ظهر لك انه لا يحتاج الى قول صاحب الدرر فى مطالبة النفس او المال او التسليم لان المطالبة تشمل ذلك انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعده وانما اخترت تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام صريحا ولا صراحة فيما نقل صاحب المنح عن المسكين بل على طريق الشمول والتصريح اولى فى التعريف تدبر (لا فى الدين) كما قاله بعضهم لكنه (هو) اى كونه ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة (الاصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما فى العناية وغيرها لكن فيه كلام لان معنى قلب الحقايق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى الآخر والدين فعل واجب فى الذمة وهو ههنا تمليك مال بدلا عن شئ كما فى القهستانى وقال المولى اخى فى حاشيته تعليل صاحب العناية يعطى عدم صحة الثانى مع ان مقتضى صيغة التفضيل صحته اللهم الا ان يلغى معنى الافضلية فيها كما صرح به فى شرح المفتاح فكانه قال الصحيح الاول فاندفع ما ذكر صاحب الدرر انتهى هذا مخالف لاصطلاح الفقهاء فانهم لا يستعملون الاصح فى معنى الصحيح بل فى مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (الا ممن يملك التبرع) لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من العبد والصبى والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما فى الخلاصة هذا بيان اهلها واما ركنها فايجاب وقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف فى قوله الآخر القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده فى المال والنفس وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وفى الدين كونه صحيحا وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا اوما لا والمدعى مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه والنفس او المال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به فى الكفالة بالنفس واحد (وهى) الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس و) كفالة (بالمال) خلافا للشافعى فى الكفالة بالنفس اذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس فى قول لانه غير قادر على تسليم

المكفول له حيث لا نفاذ له في نفسه وبدنه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على
مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه باطلاقه
يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال لا غرم في كفالة النفس لانا نقول الغرم
لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن الحمل بموجبها
بان يخلي بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عليه او بان يستعين باعوان القاضي
على تسليمه مع ان الظاهر انه انما يكفل بنفس من يقدر على تسليمه وتمامه فيه
وايضا الزام الشيء على نفسه يصح وان كان لا يقدر على الالتزام عليه غالبا
كمن نذر ان يحج الف حجة يلزمه ذلك وان كان لا يعيش الف سنة (فالاولى)
اي كفالة النفس (تنعقد بكفلت بنفسه ورقبته ونحوها) اي نحو الرقبة
(مما يعبر به عن) جميع (البدن) عرفا كالبدن والجسد والروح والرأس
والوجه والعنق والعين والفرج اذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل او بجزء
شائع منه كنصفه او عشره او ثلثه او ربعه او نحوها لان النفس الواحدة في حق
الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها وفي السراج ولو اضاف
الجزء اليه بان قال الكفيل كفلت لك نصفه او ثلثه فانه لا يجوز (و) تنعقد
(بضمنته) اي بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاه (او هو علي)
لان كلمة على للالزام فكانه قال انا ملتزم تسليمه (او الي) لان الي بمعنى على قال
عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا اي يتيما او عيالا فالي وروي فعلي
لكونهما بمعنى (او انا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية
عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل (او قبيل به) اي بفلان لان القبيل
هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق (لا) تنعقد (بانا ضامن
لمعرفته) لانه التزم معرفته دون المطالبة وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف
وقال ابو الليث هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما روي عنهما
وبظاهر الرواية يفتى كما في اكثر الكتب وفي التنوير وتنعقد بقوله انا ضامن حتى
تجتمعا او تلتقيا ويكون كفيلا الى الغاية وقيل لا تنعقد لعدم بيان المضمون هل هو
نفس او مال قيد بالمعرفة لانه لو قال انا ضامن تعريفه او علي تعريفه ففيه
اختلاف المشايخ والوجه اللزوم كما في البحر ولو قال انا ضامن لوجهه فانه
يؤخذ اوجهه به ولو قال انا اعرفه لا يكون كفيلا وكذا لو قال انا كفيل لمعرفة
فلان ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه ان يدل عليه كما في الخانية ولو قال
فلان آشناه منست او آشناست صار كفيلا بالنفس عرفا وبه يفتى في المضمرات
(وصح اخذ كفيلين واكثر) لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل
التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان المقصود منها التوثق واخذ كفيل آخر

وآخر زيادة فى التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فافوقها (ويجب فيها) اى فى الكفالة بالنفس على الكفيل (احضار المكفول به) وهو النفس (اذا طلبه المكفول له) وهو المدعى وفاء بما التزمه (فان لم يحضره) اى ان لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز (حبس) على صيغة المبنى للمفعول اى حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ماوجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل هذا اذا اقر بالكفالة بالنفس اما اذا انكرها وثبتت بالبينة عند الحاكم فيحبسه اول مرة فى ظاهر الرواية قال الخصاف لا يحبسه اول مرة ولو ثبت بالبينة وقيدنا بغير عجز لانه ان عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب (وان عين) اى الكفيل (وقت تسليمه) اى المكفول به (لزمه) اى الكفيل (ذلك) اى احضار المكفول به (فيه) اى فى الوقت الذى عينه (اذا طلبه) المكفول له فى ذلك الوقت او بعده لانه التزمه كذلك (فان سلمه) اليه (قبل) مجئ (ذلك الوقت برئ) الكفيل وان لم يقبله المكفول له لانه ما التزم تسليمه الامرة وقد اتى به وفى المنح اذا كفل الى ثلاثة ايام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب فى الحال فى ظاهر الرواية وبه يفتى واذا قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام صار كفيلا فى الحال فاذا مضت العشرة خرج عنها ولو قال انا كفيل بنفسه الى عشرة فاذامضت العشرة فانا برئ قال ابن الفضل لامطالبة عليه بها لافيها ولا بعدها وقال ابو الليث الفتوى على انه لا يصير كفيلا وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة ولا يريد ان يصير كفيلا وفى الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كما فى البحر (فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه) وهو مقيد بما اذا اراد الكفيل السفر اليه فان ابى حبسه للحال من غير امهال كما فى البزازية (فان مضت) المدة (ولم يحضره) مع امكان الاحضار (حبسه) الحاكم لما ذكرناه (وان غاب) المكفول به (ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز فعلى هذا اذا التجأ الى باب الجار ينبغى ان لا يطالب به لتحقق العجز كما فى الزاهدى وفى البحر ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب او ببينة فان اختلفا ولا بينة فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معلومة للتجارة فى كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل ولو علم ان المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل ولا تبطل باللحاق بدار الحرب وهو مقيد بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة انهم يردون الينا المرتد والا فلا ثم كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب

او يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت الكفيل) لحصول العجز الكلي عن التسليم بعد موته ووارثه لا يقوم مقامه لان الكفالة في ماله لا فيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما في الهداية وغيرها لكن في السراج نقلا عن الكرخي لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه باحضاره (و) تبطل بموت (المكفول به) لامتناع التسليم (ولو) كان المكفول به (عبدا) انما قال هذا لتوهم ان العبد مال مطالب به وكفل بنفسه رجل اما اذا كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ ويضمن قيمته (دون موت المكفول له) بل يطالب وارثه او وصيه الكفيل) اى اذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل الى ورثته فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره فان كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته فان سلمه احد الوصيين برئ في حقه والآخر مطالبته وفي منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه كما في البحر (ويبرأ) الكفيل بالنفس (اذا سلمه) اى سلم المكفول به الى المكفول له حيث يمكن مخاصمته كما اذا سلمه في مصر سواء قبله الطالب اولا (وان) وصلية (لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لانه موجب الدفع الى المراد منه وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين واطلاقه شامل ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة اولا ان طالبه به واما اذا لم يطالبه منه فلا بد ان يقول ذلك و يبرأ بتسليم وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه (وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته) هذا قيد في الجميع يعني لا يبرأ الكفيل حتى يقول له المكفول سلمت نفسي اليك من الكفالة والوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها والا لا يبرأ كما في المنح فعلى هذا ظهر ضعف ما قيل من انه متعلق بتسليم المكفول به نفسه تدبر هذا اذا كان بغير طلب اما اذا كان بعد طلبه فلا يشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفا وينبغي لصاحب المنح التفصيل تأمل قيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه اجنبي بغير امر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا (فان شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه في السوق) اى في سوق المصر (برئ) لحصول المقصود بحضرة اعوان الحاكم (والمختار في زماننا انه لا يبرأ) سواء كان في سوق ذلك المصر او في سوق مصر آخر وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق ولمعونة الفسقة على الخلاص منه والفرار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وهذه احدى المسائل التي يفتى بقول زفر وان سلمه في مصر آخر لا يبرأ عندهما لانه قد يكون شهوده فيما عينه او يعرف ذلك القاضي حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر (ويبرأ عند الامام) لان كان فيه

سلطان اوقاض وكانت غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضى
وفى البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه فى الدوسلمه فى الرساتيق صح ان كان فيها حاكم
وقال العلاء التاجرى والبدر الطاهر لايصح قال وجدتهما احسن لان اغلب قضاة
رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل انتهى هذا فى
زمانهم اما فى زماننا فاكثر قضاة مصر مثل قضاة رساتيق خوارزم اصلحهم
الله تعالى بلطفه وكرمه (وان سلمه فى برية اوفى السواد) اى فى القرية التى ليس
لها حاكم (لايبرأ) لعدم حصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة (وكذا)
لايبرأ (ان سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب) قيل هذا اذا كان فى سجن
حاكم اخر لعدم الامكان على المخاصمة واما اذا كان فى سجن قاض وقع مخاصمته
بين يديه فيبرأ عن الكفالة سواء كان مسجونا له اوغيره لان الحاكم قادر على
الاحضار للخصومة ثم يعيده الى السجن (فان كفل رجل بنفسه) اى المديون
بمال كذا (على انه) اى الكفيل (ان لم يواف) اى ان لم يأت الكفيل
المكفول له (به) اى المكفول عنه يقال وافاه اى اتاه من الوفاء عدى المص
الى المفعول الثانى بالباء على ماهو القياس عند البعض (غدا فهو ضامن
لماعليه فلم يواف به غدا) مع قدرته عليه (لزمه) اى الكفيل بالنفس (ماعليه)
من المال عندنا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة اذ الكفالة تشبه النذر ابتداء
باعتبار الالتزام اذ لايقابله شئ وتشبه البيع انتهاء باعتبار الرجوع فيكون
مبادلة المال بالمال فان علق الكفالة بغير ملايم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع
وان بملايم متعارف مثل عدم الموافاة فى وقت تصح كالنذر مع ان هذا التعليق ليس
فى وجوب المال بل فى وجوب المطالبة وقال الشافعى لاتصح لانه ايجاب المال بالشرط
ولايجوز (وان) وصلية (مات) المكفول به قبل الحضور فيضمن الكفيل
المال اذ يثبت بموته عدم الموافاة به ولومات الكفيل قبل الحضور ايضمن وارثه
المال ولومات المكفول له يطالب وارثه (ولايبرأ) الكفيل (من كفالة النفس)
بوجود الكفالة بالمال فى هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولاتنافى كما لو كفلهما
وانما قلنا مع قدرته عليه لانه اذا عجز لايلزمه الا اذا عجز بموت المطلوب لما فى الكافى وغيره
فان مات المكفول عنه قبل مضى الغد ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال لان شرط
لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد انتهى فعلى هذا تقييد صاحب الفتح بقوله
بعد الغد مخالف لما فى الكافى وغيره تتبع وفى التنوير ولو اختلفا فى الموافاة فالقول
للطالب والمال لازم على الكفيل (ومن ادعى على اخر مائة دينار بينها)
اى بين صفتها على وجه تصح الدعوى بانها سلطانية اوافرنجية (اولم يبينها

فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به) اى بالمكفول به (غدا فعليه المائة ولم يواف به غدا لزمه المائة) عند الشيخين لتحقق الشرط لان الكفيل لما عرف المال باللام حيث قال فعليه المائة حمل على الاصل وهو العهد فينصرف الى المال الذى على المدعى عليه فيخرج عن احتمال مال الرشوة لان المدعى لم يبين المال المدعى فى غير مجلس القضاء حذرا عن حيلة خصمه فان بين قبل الكفالة فحكمه ظاهر وان بين بعدها يلتحق البيان الى المحل وصار كان المال مبينا عند الدعوى قبل الكفالة فتبين صحة الكفالة الاولى وترتب عليها الاخرى ويكون القول قوله فى البيان اذا اختلفا فيه لانه يدعى صحة الكفالة (خلافا لمحمد) قيل عدم الجواز عنده مبنى على انه اطلق المال ولم يضفه الى المال الذى على المدعى عليه فعلى هذا لا فرق بين بيان المدعى المال وعدم بيانه وقيل مبناه على انه لما لم يبين المدعى لم تصح الدعوى ولم يستوجب احضار المدعى عليه الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليه فعلى هذا ان بين تكون الكفالة صحيحة ونقل فى الفتح عن قول ابى يوسف اختلافا (ولا يجبر على اعطاء كفيل فى حد وقصاص) يعنى لو طلب مدعى القصاص او حد القذف من القاضى ان يأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه حتى تحضر البينة فالقاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الامام تمسكا بقوله عليه السلام لا كفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيفائها بالكفالة (فان سمحت به نفسه) اى او تبرع المدعى عليه باعطاء كفيل بلا طلب فى حد القذف والقصاص (صح) بالاجماع لان تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز اعطاء الكفيل بتسليم نفسه (وقالا يجبر فى القصاص) لان الغالب فيه حق العبد (وحد القذف) لان فيه حق العبد وان لم يقدر على الاعطاء يأمره بالملازمة معه لاخذ من وهو المراد بالجبر هنا عندهما والحق البعض حد السرقة بهما بخلاف سائر الحدود لانها خالص حق الله تعالى ومندرئة بالشبهات فلا حاجة الى الجبر على اعطاء الكفيل للاستيثاق فى حقه تعالى بالاتفاق ويجبر فى دعوى القتل بالخطاء على الاعطاء والخروج به لان موجبها المال وكذا يجبر فى التعزير (فان شهد عليه) اى على المدعى عليه (مستوران) اى غير معلوم فسادهما (فى حد او قود حبس وكذا) يحبس (ان شهد عدل واحد) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطرى الشهادة وهو العدد فى المستور او العدالة فى الواحد بخلاف الحبس فى الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة واذا لم يقدر المدعى على اقامة البينة بما ادعاه ولا على اثبات التهمة

حتى قام القاضي عن مجلس القضاء حلى تبيله (خلافا لهما في رواية) اي في هذه المسألة عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفي رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف او القيد بالحجة التامة (وصح الرهن والكفالة بالخراج) اذ الامام وظفه الى وقت معين على ما يراه بدلا عن منفعة حفظ المال فيصير دينا في الذمة ويجوز فيه الكفالة بالنفس بناء على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكوة لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت ثم شرع في الكفالة بالمال فقال (والكفالة بالمال صحيحة ولو) كان المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع فانها تبرع ابتداء فيحتمل فيها جهالة المال بعد ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء وهو احتراز عن بدل الكتابة وسيأتي وفي الاصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمي وهو ان يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكور وفي المنح ومما يشكل على هذا الاصل الكفالة بالنفقة المفروضة غير المستدانة فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها تسقط بموت احدهما وبطلاق ولم ار من اجاب عن هذا والظاهر انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة اليه لا بالقياس وقيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه في البحر فليطالع (بتكفلت) متعلق بقوله صحيحة (عنه) اي عن فلان (بالف) درهم هذا نظير ما كان معلوما (او بمالك عليه) اي بالذي ثبت لك عليه اي فلان هذا نظير ما كان مجهولا (او) تكفلت (بما يدركك) اي يلحقك (في هذا البيع) من ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع او ضمان المبيع ان لحقه آفة فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل والبعض وفي السراج فاذا استحق المبيع كان للمشتري ان يخاصم البائع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان له ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء (وكذا) تصح (لو علقها) اي الكفالة (بشرط ملايم) اي بشرط موافق وهو ان يكون الشرط سببا لوجوبه وعبر عنه بالشرط مجازا (كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا) اي ان بعت شيئا من فلان فاني ضامن للثمن لا ما اشتريته فاني ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز فشرطية كما بعده وهذا من امثلة الكفالة بالمجهول وفي المبسوط ولو قال اذا بايعته شيئا فهو على فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه بعد ذلك بالف درهم

لزم الكفيل الاول دون الثاني لان حرف اذا لا يقتضي التكرار بخلاف كلما وما ومثل اذا متى وان ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شيء واما اذا قال ما بايعت لانه او قال بايع فلانا على انما اصابك من خسران فعلي لم يصح (او ما غصبك) اي ان غصب منك فلان فعلي هذا من امثلة المجهول ايضا وفي البحر او قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له (او ما ذاب) اي ثبت او وجب من الذوب (لك عليه) اي على فلان شيء فعلي (او ان استحق المبيع فعلي) جواب الجميع اي ان استحق المبيع مستحق فعلي الثمن كان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق في ذمته وجاز التعليق به للائمة الشرط (ويشترط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد) فعلي ما عليه (وهو) اي زيد (المكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه فقد يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح وتمامه في البحر فليطالع (ويشترط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب) زيد المكفول عنه (عن البلد) فعلي ما عليه لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه او من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين فيجوز والتعيين الى صاحب الحق كما في التبيين (وان علقها) اي الكفالة (بمجرد الشرط) اي بالشرط المجرد عن الملائمة (كهبوب ريح ومجيء المطر) بان قال ان هبت الريح او جاء المطر فعلي فلان علي (بطل) الشرط (وكذا ان جعل احدهما اجلا) كما اذا قال كفلت مكذا الى هبوب الريح او مجيء المطر بطل التأجيل (فتصح الكفالة ويجب المال) على الكفيل (حالا) وفي الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفي التبيين هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فيصار كما اذا علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره واجاب بعض الفضلاء لكن لا يخفى على المنصف بل اذا تأملت حق التأمل ظهر لك ان السؤال باق على حاله ولا يندفع الايهام الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة

ويجب المال حالا قيد لقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا فقط فخاص له لا يصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح الكفالة ايضا وكذا لا يصح التأجيل اذا جعل واحدا منهما اجلا فانه تصح الكفالة ويجب المال حالا لا يقال انه منقوض بقوله لان الكفالة لم يصح تعليقها بالشرط لانه اراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا اى باجل متعارف فلا يلزم المحذور ويندفع الاشكال تدبر (وللطالب مطالبة اى يشاء من كفيله واصيله) اى يثبت الخيار فى المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل وان شاء طالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هى تنبئ عن الضم كما مر وذلك يقتضى قيام الذمة الاولى لا الابراء (الا اذا شرط براءة الاصيل فتكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة) لان العبرة فى العقود للمعانى مجازا لا للالفاظ والمبانى (واو طالب) الطالب (احدهما) كان (له مطالبة الآخر) بخلاف الغصب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به ولا يمكنه التمليك من الآخر بعد واما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفاء (فان كفل بماله عليه فبرهن) الطالب (على الف لزمه) اى لزم الالف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع (وان لم يبرهن) الطالب (صدق الكفيل فيما اقربه مع يمينه) اى فالقول للكفيل فيما يقربه مع يمينه على نفى العلم لا على البتات كما فى الايضاح (و) صدق (الاصيل فى اقراره باكثر) مما اقر به الكفيل (على نفسه خاصة) لا على الكفيل لانه اقرار على الغير وقيد بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب اى حصل لك على فلان او بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل اما لو ابى الاصيل اليمين فالزمه القاضى فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار كما فى البحر (فان كفل بلا امره) اى المكفول عنه (لا يرجع) الكفيل (عليه) اى على المكفول عنه (بما ادى عنه) لانه متبرع بادائه بغير رجوع خلافا لمالك (وان) وصلية (اجازها) اى الكفالة (المكفول عنه) بعد العلم لان الكفالة لزمته ونفذت عليه بغير امر غير موجب للرجوع فلا تنقلب موجبة له هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كما فى العمادية (وان) كفل (بامره رجع عليه) بما ادى عنه لانه قضى دينه بامره هذا معناه اذا ادى ما ضمن اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس فان رجوعه بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى وتمامه فى المنح فليراجع ومعنى الامر ان يشتمل كلامه

على الكفالة عنى بأن يقول اكفل عنى او اضمن عنى لفلان كذا او قال اضمن الالف التى لفلان علىّ لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد فيه الرجوع او التبرع فلا يلزم المال كما فى البحر والمتبادر من الامر امر من يصح امره شرعا فلا رجوع على الصبى والعبد المحجورين اذا ادى كفيلهما بالامر لانعدام صحته شرعا ولكن يرجع على العبد بعد عتقه ولا رجوع على الصبى مطلقا (ولا يطالبه) اى لا يطالب كفيل اصيلا بمال (قبل الاداء) الى مكفول له لان الموجب للمطالبة هو التملك ولا تملك قبل الاداء ويملكه بعده فيرجع (فان لوزم) الكفيل من جهة الطالب (فله) اى للكفيل (ملازمته) اى ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وهو مقيد بما اذا كانت الكفالة بامره (وان حبس) الكفيل (فله حبسه) اى للكفيل ان يحبس المكفول عنه لان ما لحقه كان لاجله فله ان يعامله بمثله هذا اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا يلازمه ولا يحبسه كما فى السراج (ويبرأ الكفيل باداء الاصيل) لان براءة الاصيل توجب براءته لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره الزيلعي تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمى فيسقط باداء واحد كما فى البحر (وان ابرأ الطالب الاصيل) وهو المطلوب (او اخر) الطالب (عنه) اى الاصيل بان اجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل يعنى يتأخر فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخيره بخلاف ما اذا كفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل دون الكفيل وفى السراج ويشترط قبول الاصيل البراءة فان ردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت الاصيل كقبوله وفى القنية براءة الاصيل انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا (وان ابرأ الطالب (الكفيل او اخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل (لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر عنه) اى عن الاصيل اذ الاصل فيه ان الاصول لا تتبع الفروع فى الوصف والا يلزم عكس الموضوع (فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت) اى الى شهر مثلا (يتأجل عن الاصيل ايضا) لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين كما فى التبيين (ولو صالح الكفيل) الطالب (عن الف على مائة برئا) اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين على الاصيل فبرئ عن تسعمائة فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن مائة باداء الكفيل (ورجع الكفيل بها) اى بالمائة فقط (على الاصيل

ان يقبل بالعرف) اذ بالاداء ملك مافى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلا تملكه الكفيل فلا يرجع (وان صالح) الكفيل الطالب (عن الالف بجنس آخر) كالثوب وغيره (رجع) الكفيل على الاصيل (بالالف) كله لان هذا الصلح يكون مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فملك مافى ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه وتوضيحه ان الالف فى الاصل فى ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت فى ذمة الكفيل حين اخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الالف من الكفيل لكونه تمليك الدين عن عليه الدين وكذا يصح تمليك من الكفيل بالهبة اذا اذن له بالقبض فصار كانه اخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه فيصح تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل مسلطا على الدين فى الجملة (وان صالح) الكفيل (عن موجب الكفالة) وهو المطالبة عن شئ بشرط ابراء الكفيل خاصة (برئ هو) اى الكفيل فقط (دون الاصيل) لان ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخا الكفالته لا اسقاطا لاصل الدين (وان قال الطالب للكفيل بالامر برأت الى من المال رجع الكفيل على اصيله) لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لايكون الابالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه او الدفع اليه واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل كافى المنح (وكذا) رجع الكفيل على اصله (فى) قول الطالب للكفيل (برأت) دون الى (عند ابى يوسف) لانه اقر براءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء (خلافا لمحمد) لان البراءة تكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى وهو الابراء ولايرجع الكفيل بالشك (وفى) قول الطالب للكفيل (ابرأتك لايرجع) الكفيل الى الاصيل لانه ابراء لاينتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلايكون اقرارا بالايفاء قيل جميع ماذكرنا اذا كان الطالب غائبا (وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل) لانه هو المحمل حتى فى برأت الى لاحتمال لانى ابرأتك مجازا وان كان بعيدا فى الاستعمال كافى النهاية قيد بقوله برأت لانه لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برأت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لايكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولاعرف عند الابراء كافى الفتح (ولايصح تعليق البراءة عن الكفالة) بالمال (بالشرط) مثل اذاجاء غد فانت برئ من الكفالة بالمال فجاء غد لايبرأ عنها اذ شرطه بطل وكفالته جائزة (كسائر البراآت) لان فى الابراء معنى التمليك والتمليكات لاتقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا هذا ظاهر على قول من يقول بثبوت الدين

على الكفيل وعلى ذمة غيره ان يملك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه وكذا لا يجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك فيه ظاهر اذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة بالنفس اذ ليس فيه معنى التمليك لانه مجرد اسقاط وروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد بخلاف الاصيل كما فى الهداية وعن هذا قال (والمختار الصحة) اى صحة تعليق البراءة عن الكفالة قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذى لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجئ الغد لانه غير متعارف اما اذا كان متعارفا فانه يجوز كما فى تعليق الكفالة لما فى الايضاح الكفيل بالمال والنفس اوقال ان وافيتك غدا فانا برئ من المال فوافاه غدا برأ من المال فقد يجوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز او علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز كما فى مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان فيه اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول على ما اذا كان غير متعارف ورواية الجواز محمول على ما اذا كان متعارفا كما فى البحر (ولا يجوز الكفالة بما يتعذر استيفاؤه) اى لا يمكن استيفاؤه شرعا (من الكفيل كالحدود والقصاص) مطلقا بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة فى العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص كما مر فعلى هذا لا يلزم الاستدراك بما مر كما قيل (ولا يجوز الكفالة (بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع) فى البيع الصحيح بعينه قبل القبض (والمرهون) بعد القبض (ولا) تجوز الكفالة (بالامانات كالوديعة والمستعار والمستأجر) بفتح الجيم (ومال المضاربة والشركة) لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه شئ بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما سقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانات ليست بمضمونة على الاصيل لاعينها ولا تسليمها فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها (ولا) تجوز الكفالة (بدين غير صحيح كبدل الكتابة) لانه فى معرض الزوال فلا يكون دينا صحيحا (من كفل به) اى بالدين (او عبد) وانما قال هذا لدفع توهم ان كفالة العبد ينبغى ان تصح لانه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لان العبد محل الكتابة فخصصه (وكذا بدل السعاية عند الامام) لان المستسعى كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة ببدلها

وعندهما تصح لان المستحق حر مديون عندهما (ولا) تجوز الكفالة (بالحمل على دابة معينة) مستأجرة للحمل (او بخدمة عبد معين) مستأجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على دابة معينة لانها ملك الغير ولو حمل دابة اخرى لايستحق الاجر اذ لو حمل الموجر على الدابة الغير المعينة لايستحق الاجر فثبت العجز في هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين لعدم العجز عن تسليم الحمل اذ يمكنه الحمل على اى دابة كانت لان المستحق هو الحمل لا الغير والغرض هو الاجر (ولا) تجوز الكفالة (عن ميت مفلس) يعني اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند الامام لانه كفل بدين ساقط في حق احكام الدنيا بالضرورة اذ لم يترك مالا ولا كفيلا به والكفالة بالساقط لاتجوز وجواز التبرع محمول على ان الدين باق في حق الداين (خلافا لهما) فان عندهما تجوز الكفالة لان الدين لما كان ثابتا في حيوته لايسقط الا بالاداء او بالابراء ولم يوجد شئ منهما فبقي عليه وكذا يطالب به في الاخرة حتى من تبرع بقضائه يجوز لما روى انه عليه السلام اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان او دينار فامتنع من الصلوة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما على يارسول الله فصلى عليه (ولا) تجوز الكفالة (بلا قبول الطالب في المجلس) اى في مجلس عقد الكفالة سواء كفل بالنفس او بالمال عند الطرفين (وقال ابو يوسف تجوز مع غيبته) اى غيبة الطالب (اذا بلغه) خبر الكفالة (فاجاز) كسائر تصرفات الفضولي وفي بعض نسخ المبسوط لم يشترط الاجازة وهو الاظهر عنه لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس الا ان قبل عن الطالب فضولي فانه تصح ويتوقف على اجازته وللكفيل ان يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما في الحقايق وغيره وبه علم ان قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ واما اصل القبول في مجلس الايجاب فشرط الصحة فعلى هذا ان المص لو ترك قوله الطالب لكان اولى كما في الاصلاح وفي الدرر الفتوى على القول الثاني كما في تلخيص الجامع الكبير والبزازية لكن في نفع الوسائل الفتوى على قولهما وفي تصحيح الشيخ قاسم والمختار قولهما عند المحبوبي والنسفي وغيرهما ولهذا قدمه المص تدبر قيد بالانشاء لانه لو اخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب تجوز اجماعا (فان قال) المريض (لوارثه تكفل عني بما على فكفل) الوارث (مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا) وان كان القياس ان لا يجوز لان الطالب غائب ولايتم الضمان الا بقوله وجه الاستحسان ان ذلك وصية في

الحوزفة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول له ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او قال اه قام مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة (ولو قاله) اى المريض هذا القول (لاجنبي اختلف فيه المشايخ) فمنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام وكان المريض والصحيح سواء والاول اوجه كما في الفتح وتمامه في البحر فليطالع (ويجوز) الكفالة (بالاعيان المضمونة بنفسها) عندنا خلافا للشافعي في قول في الام لكن المناسب للمص ان يذكره عقيب قوله ولا تجوز بالاعيان المضمونة بغيرها (كالمقبوض على سوم الشراء) اى على طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل (والمغصوب) لانه مضمون بعينه فان كان المضمون عينا قائمة يلزم الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته (والمبيع) بيعا (فاسدا) لان المقبوض في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (و) تجوز الكفالة (بتسليم المبيع الى المشتري والمرهون الى الراهن والمستاجر) بفتح الجيم (الى المستاجر) بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه مادام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك برأ وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تجوز الكفالة بتسليمه كما في التبيين (و) تجوز الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشتري كسائر الديون

(فصل)

(ولو دفع الاصيل المال الى كفيله) ليدفعه الى الطالب (قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترده) اى لا يسترد الاصيل المال المدفوع (منه) اى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة مابقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه ملكه بالقبض والاطلاق شامل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعط الطالب فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضه امانة في يده وان دفعه على وجه

الاقتضاء بان قال له انى لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فاقضيك المال قبل ان
تؤديه لم يكن رسالة والفرق بينهما انما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه
واما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ فى شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه
الرسالة فله ان يسترد لانه محض امانة فى يده مخالف لاكثر المعتبرات كما لا يخفى
تدبر واشار الى ان بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لو كفل بامره ولهذا
لو اخذ الكفيل منه رهنا قبل ان يؤدى عنه جاز ولو ابرأه الكفيل او وهبه قبل
الاداء عنه صح حتى لو ادى عنه لم يرجع فثبت ان له دينا عليه لكن لا رجوع له
قبل الاداء كما فى البحر (وما ربح فيه الكفيل فله) اى للكفيل يعنى ان الربح الذى
حصل فى هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له (ولا يتصدق به) لما ذكر
انه حصل على ملكه ولا فرق بين ان يكون قضى الدين هو او قضى الاصيل
كما فى البحر وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضاء واما اذا قبضه على وجه
الرسالة فانه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما وعند ابى يوسف
يطيب له (ورده) اى رد الربح (الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا
يتعين كالبر) يعنى اذا كانت الكفالة بكر وقبضه الكفيل من المكفول عنه
وباعه وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على المكفول عنه ولا يجبر
عليه عند الامام فى رواية الجامع الصغير وهذا اذا قضى الاصيل الدين (خلافا
لهما) اى قالا هو له ولا يرده وهو رواية عن الامام وعنه انه يتصدق به
قيد بما يتعين لان ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المطلوب وعلى طيب الاصيل
اذا رده الكفيل عليه قال فى الغاية ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا
ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه انما رد عليه على انه حقه (ولو امر الاصيل
كفيله ان يتعين عليه) اى يشترى (ثوبا) بطريق العينة بكسر العين (ففعل)
الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذى حصل للبايع يكون (عليه)
اى الكفيل لا الآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل بان يشترى له ثوبا باكثر من القيمة
ليقضى به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عنه
ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا نسيئة فى نيل الزيادة ليبيعه
المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين
وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل
وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن غير معين لجهالة ما زاد
على الدين وكيفما كان فالمشترى للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه
لانه العاقد كما فى الهداية وفى العناية ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى

هو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها صاحب الهداية فيبيع صاحب الثوب بأثنى عشرة من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه العشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها لعينة انتهى لكن هذا مخالف لما فى الخانية حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون شيئا بتلك العشرة ويقبض ثم يبيع من المديون بثلثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروى عن رسول الله عليه السلام ثم قال بعد تعداد الصور الاخر وهذه الحيل هى العينة التى ذكرها محمد قال مشايخ بلخ بيع العينة فى زماننا خير من البيوع التى فى اسواقنا انتهى لكن التحرز اولى (ومن كفل لآخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لا يقبل) برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان المكفول به مال مقضى او مال يقضى به لا غير لان ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا لطالب على اليه ف مال شرعا ولذا لو اقر الكفيل لا يلزمه المال لان بالاقرار لا يثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذا لم يعرض الطالب لقضاء القاضى بالمال فى دعواه ولا فى اقامته حتى لو عرض وقال قدمت الطالب بعد الكفالة الى الفلان لقاضى واقمت عليه بينة بالف وقضى لى عليه بذلك يقضى بالالف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو اقر الكفيل لزمه الالف فى هذه الصورة (ولو برهن) الطالب (ان له على زيد) الغائب (الفا وهذا كفيله) اى بهذا المال (بامره قضى به عليهما) اى على الكفيل والاصيل فى المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة مقيدة بهذا المال والثانى ان هذا المال المكفول به غير مقيد بانه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق وبهذا القدر تمتاز هذه المسئلة عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضى والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهى لا تتضمن الاقرار فالقضاء على الكفيل لا يتضمن القضاء على الاصيل والى هذا اشار بقوله (ولو بلا امره قضى على الكفيل فقط) لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل بخلاف

الكفيل بامره فان له حق الرجوع عليه بعد اداء المال خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعى ظالم فلا يكون له ان يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وفيه تنبيه على ان القضاء على الغائب جائز اذا كان الاثبات على الحاضر متضمنا له فكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة اذالتعدى الى الغائب فى ضمن القضاء بالامر ضرورى فى الكفالة قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب ثم قال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب (وضمان الدرك للمشترى عند البيع تسليم) اى تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع (يبطل) من الابطال (دعوى الضامن) على المشترى (المبيع) مفعول دعوى (بعد ذلك) لان هذا الضمان ترغيب للمشترى فى الابتياع والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البايع فلا تصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى لا يسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع المشترى عليه بحكم الكفالة فلا يفيد (وكذا) يكون تسليما ولا تصح دعواه بعد هذا (او كتب شهادته) على البيع (وختم) اى وضع خاتمه على عادة السلف (على صك) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع (كتب فيه) صفة صك (باع ملكه او) باع (بيعا باتا) نافذا اذ البيع على هذا الوجه لا يكون الا فى ملكه فالدعوى لنفسه بعد الاقرار لغيره متناقض فلا تسمع قلنا على عادة السلف لانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف وفى الفتح الختم امر كان فى زمانهم وليس هذا فى زماننا قيد بقوله باع ملكه او بيعا باتا لانه لو كتب شهادته فى صك بيع مطلق عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا لا يكون تسليما تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبايع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر كما فى المنح (بخلاف ما لو كتبها) اى شهادته (على اقرار العاقدين) فانه لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه (وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل) يعنى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر لا يصح (وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال) باطل يعنى اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد ترجع اليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لا ترجع اليه الحقوق كالوكيل بالتزويج ان ضمن المهر والمأمور ببيع الغنائم من قبل الامام ان ضمن الثمن والرسول بالبيع ان ضمن الثمن لان كل واحد منهما

سفير ومعبر فصح ضمانهم وكذا الوكيل بقبض الثمن اذا ضمن الثمن من المشتري للوكيل يصح (و) كذا (ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعا صفقة واحدة) باطل يعني لو باع رجلان ثوبا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل (وصح) ضمان احد الشريكين (او بصفقتين) لان الصفقة اذا تعددت كانت لكل منهما بمقدره يكون له خاصة الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر صح (وضمن الدرك) صحيح لانه ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون معلوما وهو قادر على ايفاء ما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لسابق انه دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكوة وفي البحر اطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب في الذمة ونفى الصحة بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا في الذمة والرهن كالكفالة لانه مع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه كذا ذكره الزيلعي وهو منقوض بالعبد المشتغل فان الكفالة به جائزة دون الرهن انتهى لكن التخصيص واجب بقرينة قوله او رهن به فانه لا يصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل واواكتفو فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان اخصر تدبر (و) ضمان (القسمة صحيح) خبرا لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هي النوائب بعينها او حصة منها فعلى هذا النوائب الآتية مستدركة تدبر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة الديوانية في كل شهر اوسنة والمراد بالنوائب غير الراتب مما يحدث احيانا ويحتمل ان يقع وقيل المراد القسمة اجرة القسام وقال ابو حنيفة معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه فضمن انسان صح لانها واجبة عليه وقيل معناه اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الآخر كما في شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب) وفي الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر وفي اصطلاحهم قال ارادوا بها ما يكون بحق وقيل المراد بها ما ليس بحق ومن هنا قال (سواء كانت بحق ككرى النهر) المشترك (واجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفيل بما هو مضمون على الاصيل (او بغير حق كالجبايات) التي في زماننا فاحدها الظلمة بغير حق فني جوازها اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا يجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوي لانها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او الدين وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيين فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة المطالبة

لانها شرعت لالتزامها في المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدد يوجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا من قضى نائبة عن غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غيره بامره كما في البحر وفي الاصلاح والفتوى على الصحة فانها كالديون الصحيحة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض وهو اختيار المص (وضمان العهدة باطل) لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيار الشرط فيتعذر العمل بها قبل البيان فتبطل للجهالة (وكذا ضمان الخلاص) باطل عند الامام (خلافا لهما) اي قالا هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى والامام فسرها بتخليص المبيع لامحالة ولاقدرة عليه لان المستحق لايمكنه منه واو ضمن تخليص المبيع اورد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه ان اجاز المستحق اورده ان لم يجز والخلاف راجع الى التفسير كما في البحر والخلاف لفظي فقط تدبر

(ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل) ضمنته (حالا فالقول للكفيل وفي الاقرار) يعني من قال لاخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة (فالقول للمقر له) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلادين عليه في الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر ولايقبل قوله بلا بينة وقال الشافعي القول للمقر في الفصلين وكذا روى عن ابي يوسف (ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع مالم يقض بثمنه على بائعه) لان المبيع لاينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية مالم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل وعن ابي يوسف وهو قول الائمة الثلثة انه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق وفي التنوير قال لاخر اسلك هذا الطريق فانه آمن وسلك واخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن ضمن

(باب كفالة الرجلين والعبدين)

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين والاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا (دين عليهما) اي على اثنين لاخر بان اشتريا منه ثوبا (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) جاز العقد لعدم التنافي اذ يكون كل واحد منهما في النصف اصيلا وفي النصف الاخر كفيلا (فما داه

احدهما) اي فما ادى احدهما من الدين فهو (لا يرجع به) اي بما ادى
(على الآخر) اي على شريكه وان كان من نصيب صاحبه لان وقوع
الاداء عنه هو فيه اصالة اولى من وقوعه كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثاني
مطالبة فقط ولانه لو وقع في النصف من صاحبه كان لصاحبه ان يرجع
عليه بان يجعل المؤدي عنه لان المؤدي بامره واداؤه كادائه فيؤدي الى الدور
(الا ان زاد على النصف) فيصرف الى ما عليه كفالة فيرجع على شريكه
ان كفل بامره (ولو كفلا) اي اثنان (بمال عن رجل) بانه فقد (وكفل
كل احد عن صاحبه) اي بجميع المال (عن صاحبه) يعني اذا كان على
رجل الف درهم مثلا فكفل عنه اثنان كل منهما بنصفه على الانفراد ثم تكفل كل
منهما عن صاحبه بما كفل به اذ الكفالة بالكفالة جائزة (فما اداه) كل منهما
(رجع بنصفه على شريكه) قليلا كان المؤدي او كثيرا اذ الكل كفالة
فلا رجحان لكل من الكفالتين على الاخرى بالمطالبة ثم [illegible] على الاصيل (او)
رجع هو (بكله) اي بكل ما اداه (على الاصيل) ابتداء (او) كفل (بامره)
اذا كفل كل منهما بالجميع ولا يؤدي الى الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه
بالجميع واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى
في الصحيح وكذا لو كفلا عن الاصيل بالجميع ثم كفل عن صاحبه لان الدين
منهم عليه بالنصف فلا يكون [illegible] عن الاصيل بالجميع وكفل كل بالجميع
[illegible] ثم كفل كل صاحبه بالنصف لما رد جهة الضمان كما في الدرر
وغيره (ولو ابرأ الطالب احدهما) اي احد الاثنين (فله) اي للطالب
(اخذ) الكفيل (الآخر بكله) اي بكل المال لان [illegible] الكفيل [illegible]
بالكل عن الاصيل فاخذه به (ولو فسخ المفاوضة) اي لو افترق
احد المتفاوضين شيئا ثم فسخت المفاوضة بينهما (طالب الدائن احدهما
[illegible] شريكيها) اي شريكي المفاوضة (بكل دينه) لان الكفالة
ثابتة بعقد المفاوضة فلا يبطل بالافتراق عقد بالمفاوضة لان شريك له ان
لا يؤاخذ شريكه لانه بالاجماع الكفالة بل او كالة [illegible]
لشريكه (وما اداه احدهما لا يرجع به) اي بما ادى على الآخر ما لم يزده
على النصف) لما مر آنفا (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بان قال المولى
كاتبتكما على الف مثلا (وكفل كل) منهما (عن صاحبه صح) استحسانا
(ورجع كل على الآخر بنصف ما ادى) والقياس ان لا يصح لان فيه
الكتابة والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما باطل وجه الاستحسان [illegible]
فصار كأن [illegible] [illegible] فقد وجه الاستحسان [illegible]

ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بان يجعل كل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق باداءه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران فكأنه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فادى احدهما رجع على الآخر لاستوائهما ولو رجع الكل اولم يرجع بشئ انتفى المساواة كما فى الدرر قيد بقوله وكفل لانه او كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد منهما حصته ويعتق باداء حصته فلو زاد على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر الكفالة فعند نا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته (وان اعتق السيد احدهما) اى احد العبدين المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه قبل الاداء (صح) عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف كما فى الهداية (وله) اى للمولى (ان يأخذ حصة الآخر منه) اى الآخر (اصالة اومن المعتق كفالة و يرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه) اى ان اخذ المولى حصة الآخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدى على الآخر لانه مؤدى عنه بامره فان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه ادى عن نفسه لا يقال اخذ المعتق بالكفالة صحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو بط لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت كما فى المح (ولو كان على عبد مال لا يجب عليه صفة مالى) اى على العبد (الا بعد عتقه) وهو دين لم يظهر فى حق مولاه بل فى حقه يؤخذ بعد عتقه كمال لزمه باقرار اواستقراض اواستهلاك وديعة (فكفل به) اى بذلك المال (رجل كفالة مطلقة) عن قيد الحلول اوالتأجيل (لزم الكفيل حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة اخرت عنه بعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق رقبته لعدم ظهورها فى حق المولى فصار كما اوكفل عن غائب اومفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا بل مؤجلا (واذا ادى) الكفيل ما على العبد (لا يرجع

على العبد الابعد عتقه) ان كان بامره لان الضمان لما كان يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه (ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد) المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) اى اقام بينة (انه) اى العبد (له) اى ملكه (ضمن الكفيل قيمته) اى قيمة العبد لانه كفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليها قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد ونكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقربه الكفيل بنفسه (ولو كفل عبد عن سيده) بامره (او) كفل (عبد غير مديون) قيد به لصحة الكفالة فان كفالة المديون عن مولاه لا تصح لانها تتضمن ابطال حق الغرماء (عن سيده) بامره (وعتق) العبد (فادى) من السيد او العبد (ادى) المال المكفول به (لا يرجع على الاخر) لان الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما لا يوجب دينا على الاخر وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال قلنا وقعت غير موجبة للرجوع ولا تنقلب موجبة بعد ذلك

(كتاب الحوالة)

ذكرها بعد الكفالة لان كلا منهما يفيد التزام ما على الاصل للتوثيق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم وهي في اللغة النقل والتحويل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وقيل هي اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على فلان ولذا قيل للمديون محيل ومحتال وللدائن محال ومحال له ولمن يقبل الحوالة محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به لكن ترك صلة الاسم في محال فرارا من التباسه المعمول من بابه وقد فرق البعض بالحاق له الى المعمول وقال محتال له قيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة وفي اصطلاح الفقهاء (هي) اى الحوالة (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه واختلف المشايخ في انها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين والصحيح من المذهب انها توجب البراءة من الدين كما في المنح (وتصح الحوالة في الدين لا في العين) اما الصحة فبالاجماع وبما روى البخاري ومسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه الصلوة والسلام مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع

اى اذا احيل احدكم على ملى فليحتل والامر بالاتباع دليل الجواز واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة نقل حكمى والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة فجاز الدين ان قبل ذلك النقل اما العين كالثوب فحسى فلا يقبل النقل الحكمى بل يحتاج الى النقل الحسى فلا بد من ان يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال فى القنية احال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لاشئ عليه (رضا) متعلق بتصح (المحتال) لان الدين حقه والذمم متفاوتة ولا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الايفاء وهذا بالاجماع (والمحتال عليه) لان الدين يلزمه فلا بد من التزامه والاصح من مذهب الشافعى ان لا حاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره قيد برضاهما لانها لا تصح مع اكراه احدهما واراد من الرضى القبول فى مجلس الايجاب لكن فى البزازية لو احال الى غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح فى غيبة المحتال الا ان يقبل رجل له الحوالة (وقيل لا بد من رضى المحيل ايضا) كما لا بد من رضى المحتال والمحتال عليه وفى البحر رضى المحيل ليس بشرط على ما ذكره محمد فى الزيادات وشرطه القدورى وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف فى الروايات وفى العناية وذكر فى الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر فى القدورى ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين يقدر بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهى فعل اختيارى لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدورى والثانى احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على ايفاء الحق فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين على رواية الزيادات ليس على ما ينبغى انتهى (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل من الدين بالقبول) اى بقبول المحتال الحوالة على المحتال عليه وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعانى فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق

الابفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ
من المطالبة لا الدين وقد تقدم بيانه آنفا ومن ثمراته انه يبرأ وقته ومقتضى ما ذكر
من براءة المحيل ان المشترى لو احال البائع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع
وكذا لو احال المرتهن الراهن لا يحبس الرهن ولو احال الزوج المرأة
بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة وبه صرح في البحر قال
ولكن المنقول في الزيادات عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله انما تجب الحوالة
(فلا ياخذ المحتال من تركته) اى من تركة المحيل الدين اذا مات المحيل (لكن
ياخذ كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى) اى الهلاك (ولا يرجع عليه)
المحتال (الا اذا توى حقه) فحينئذ يرجع عليه كما روى انه عليه السلام قال
اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة بسلامة حقه له
فيرجع عليه عند عدم السلامة وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى باى
طريق كان لان الساقط لا يعود وفي البحر ومراده اذا كانت الحوالة باقية
اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدائع
ان حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى وقوله وبالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو
المحتال عليه ثانيا لما في الذخيرة رجل احال رجلا عليه دين على رجل ثم ان المحتال
عليه احاله على الذى عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذى
عليه الاصل لا يعود على المحتال عليه الاول (وهو بموت المحتال عليه مفلسا)
بان لم يترك عينا ولا دينا ولا كفيلا (او انكاره) اى انكار المحتال عليه (الحوالة
وحلفه) اى المحتال عليه (ولا بينة) للمحتال والمحيل (عليها) اى على الحوالة
وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة
(وعندهما بتفليس القاضي اياه) اى المحتال عليه ايضا لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس
الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما كعجزه عن الاستيفاء بموته مفلسا وبالجحود
قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات
وفي الخلاصة لا يمنع وان المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحتال عليه مفلسا فله
ان يرجع بدينه على المحيل وفي البزازية اخذ المحتال من المحتال عليه بالمال كفيلا
ثم مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره
او بغير امره والكفالة حالة او مؤجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان لم يكن
به كفيل تبرع رجل او رهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين
الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات
المحتال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن ولو اختلفا في كونه
مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه (على العلم) وتصح الحوالة (بالدراهم

المودعة) يعنى اذا اودع رجل رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز (ويبرأ المحتال عليه) عن الحوالة (بهلاكها) كالزكوة المقيدة بالنصاب لان المحتال التزم الاداء من هذه الدراهم وهى قد هلكت امانة وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل (وبالمغصوبة) اى تصح الحوالة بالدراهم التى غصبها المحال عليه من المحيل (ولا يبرأ بهلاكها) اى لا يبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة لانه لا يبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل وكان المغصوب قائما معنى فلا يبطل واما اذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب عن الضمان (واذا قيدت الحوالة بالدين اوالوديعة اوالغصب لا يطالب المحيل (المحتال عليه) اى لا يطلب المحيل من المحتال عليه ما عنده او عليه من الدراهم المودعة اوالمغصوبة اوالدين لان هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ما على المحتال عليه او ما عنده ويتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده اوعليه بامر المحيل فلا يطلب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق المحتال كالراهن لا يملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال ان دفع الى المحيل (مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) اى بعد موت المحيل يعنى ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لان الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (وان لم تقيد) الحوالة (بشئ) من المذكورات (وله) اى للمحيل (المطالبة) من المحتال عليه بالعين اوالدين ويقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده اوعليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة فغاية ما يجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه (ولا تبطل الحوالة) سواء كانت مقيدة اومطلقة (باخذه) اى المحيل (على المحتال عليه) من الدين (اوعنده) من الوديعة اوالغصب اما فى المطلقة فانها لم تتعلق بهذه الاشياء لعدم الاضافة اليها واما فى المقيدة فلان المحتال عليه قد دفع ما تعلق به حق المحتال الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه للمحتال

ويرجع الى المحيل بما دفع اليه فلا يبطل الحولة (واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لى عليك لم يقبل بلا حجة) اى لا يسمع قول المحيل للمحتال عليه احلت بدين لى عليه حين طلب المحتال عليه المحيل مثل ما احاله الا بينة اذ المحال عليه انكر الدين لان اقراره بالحوالة وقبوله لا يكون اقرارا ولا دليلا على ان عليه له دينا اذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع طلب المحال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره (واو طالب المحيل المحتال بما احال فقال احلتنى بدين لى عليك لا يقبل بلا حجة) اى لا يسمع قول المحتال للمحيل احلنى بدين لى عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه الا ببينة لان المحيل انكر الدين اذ اقراره بالحوالة واقدامه عليها لا يكون اقرارا بالدين لان الحوالة تستعمل فى الوكالة بمعنى محل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ما قبضه وفى التنوير ادى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل ولا يصح تاجيل عقدها (وتكره السفتجة) بضم السين والتاء عند سيبويه وفتح التاء عند الاخفش انه بيت سفته ومعناها المحكم (وهى الاقراض؟) اى ان يقرض الى تاجر مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر (لسقوط خطر الطريق) وانما كرهت لورود النهى عن قرض جر نفعا وانما ذكرت المسئلة فى هذه الباب لان هذا الاقراض فى معنى حوالة الصديق على المستقرض اولانه حوالة خطر الطريق اليه اولان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق

(كتاب القضاء)

لما كان اكثر المنازعات تقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى اضاف الكتاب الى القضاء دون الادب نظرا الى ان بيان القضاء مقصود وبيان الادب متبوع والقضاء فى اللغة له معان يكون بمعنى الاتقان والاحكام فى المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت والجمع الاقضية وقضى اى حكم ومنه قوله تعالى وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه وبمعنى الايجاب وبمعنى الاداء والانهاء ومنه قوله تعالى وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب وقضينا اليه ذلك الامر اى انهيناه اليه وابلغناه ذلك وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى فقضاهن سبع سموات فى يومين ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان اى صيره قاضيا وفى الشرع هو قطع الخصومة او قول ملزم صدر عن ولاية عامة وفيه معانى اللغة جميعا فكانه الزمه بالحكم واخبره به وفرغ عن الحكم بينهما وقدر ما عليه وماله واقام قضاءه مقام صلحهما

وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى فى ارضه فى انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وبه امر كل نبي قال الله تعالى « انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون » وقال الله تعالى « وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم » ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء ولهذا قال (القضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات) بعد الايمان بالله تعالى ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به ومخير فيه وهو ان يستوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به وحرام وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه فى باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه ثم اعلم ان رزقه وكفايته وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ربما طمع فى اموال الناس وان عمر رضى الله تعالى عنه اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه على رضى الله عنه كل شهر خمسمائة درهم (واهله) اى القضاء (من هو اهل للشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم (وشرط اهليته) اى القضاء (شرط اهليتها) اى الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام والحرية وغيرها مما سنذكر فى كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى (والفاسق اهل له) اى للقضاء (ويصح تقليده) اى تقليد الفاسق اى المسلم الذى اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة وفيه اشعار بان قضاء المستور صحيح بلا قبح كما فى القهستانى وبان العدالة شرط الاولوية وهذا ظاهر الرواية وفى النوادر عن اصحابنا انه لا يجوز قضاؤه كما فى الاختيار وهو قول الائمة الثلاثة (ويجب ان لا يقلد) الفاسق القضاء اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) اى شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضى وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفى الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (ويجب ان لا تقبل شهادته) وفى الشمنى اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا قال قاضيخان ويصح تعليق

تقليد القضاء والامارة بالشرط وكذا الاضافة الى وقت فى المستقبل وتعليق عزل القاضى بالشرط صحيح كتعليق الوكالة ولو كان فى المصر قاضيان كل منهما على حدة فالعبرة للمدعى عند ابى يوسف وللمدعى عليه عند محمد وهو الصحيح (ولو فسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة وغيرها من الزنا اوشرب الخمر (تستحق العزل) اى يجب على السلطان عزله كما فى البزازية وفى المعراج يحسن عزله اوجود سبب الاستحقاق (ولا ينعزل فى ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الواقعات وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة الثلاثة وفى الاصلاح وعليه الفتوى لكن فى البحر وهو غريب ولم اره والذهب خلافه وتمامه فيه فليطالع وفى البزازية لوشرط فى المقلد انه متى فسق ينعزل انعزل وفى نوادر ابن هشام قال محمد لوفسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه كما اذا عمى ثم ابصر وكذا اذا ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اسلم قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بالاخلاف ولا ينعزل بالفسق وفى البحر الوالى اذا فسق فهو بمنزلة القاضى يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالى بنفسه لم يصح لانه لم يفوض اليه (ولو اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) اى مال دفعه لوليه لم تصح توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اذا الامام لو قلد برشوة اخذها هو اوقومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما فى البحر وغيره ولم ار حكم ما اذا اخذ قومه وهو غير عالم به هل يجوز تقليده ام لا وينبغى ان يجوز تقليده لان مفهوم قوله وهو عالم به يقتضى جوازه اذا لم يعلم كما لو ارتشى وكيل القاضى او نائبه او كاتبه او بعض اعوانه فان بامره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشى رد ما قبض ولم يقيده بالنواة لانه لو اخذ القاضى الرشوة وقضى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالاجماع وحكى فى الفصول فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما وقيل ينفذ فيهما وفى البحر قضى ثم ارتشى او ارتشى ثم قضى او ارتشى ولده لانه لما اخذ المال او ابنه يكون عاملا لنفسه او ابنه وان كتب اليه ليسمع الخصومة واخذ اجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة لما فى فتاوى النسفى يحل للقاضى اخذ الاجرة على كتبه السجلات والمحاضر وعندهما لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل من الالف لكن فيه من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة ايضا وفى الخزانة وما قيل فى الالف من اخذ خمسة لا نقول به ولا يليق ذلك بفقه اصحابنا واى مشقة للكاتب فى اخذ الحق واعلم ان اخذ الاجرة فيه مشقته ويقدر عمله فى صنعه ايضا كما نستاجر الحكاك والنقاب باجر

كثير في مدة قليلة واجرة كتبة القبالة على رب الدين واعلم ان ما دفع اما دفع اما للتودد وهو حلال من الجانبين واما لصيرورته قاضيا وهو حرام منهما واما لخوف على نفسه اوماله وهو حرام على الآخذ حلال للدافع وكذا اذا طمع في ماله فرشاه ببعض المال واما ليسوي امره عند الوالي فان كان ذلك الامر حراما فحرام على الجانبين وان حلالا فحرام على الآخذ ان اشترط وحلال للدافع الا ان يستأجره مدة معلومة بما يدفع اليه فانه حلال وان لم يشترط وطلب منه ان يسوي امره واعطاه بعد ما يسوي اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له الاخذ وقال بعضهم يحل وهو الصحيح لانه براه مجازاة الاحسان فيحل كما في البحر والرشوة لا تملك ولذا يلزم الاسترداد (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطاء (وقيل لا) يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ورجحه صاحب البحر فقال وظاهر ما في البحر انه لا يحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم بالاجتهاد والعدالة اوراه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهما فان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع ويكتفى بالاشارة من المفتي لا من القاضي اذ لا بد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت والزمت اوصح عندي اوثبت اوظهر عندي اوعلمت على الصحيح (ولا ينبغي ان يكون القاضي فظا) من الفظاظة وهي خشونة القول (غليظا) اى شديد في الكلام متفاحشا (جبارا) اى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) اى مخالفا للحق لان القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغي ان يكون القاضي (موثوقا به) اى معتمدا عليه (في دينه) بالاحتراز عن الحرام (وعفته) لانه ملاك الدين (وعقله) لانه مدار التكليف (وصلاحه) لان في ضده الفساد (وفهمه) ليفهم الفساد والخصوم (وعلمه بالسنة) والمراد بالسنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند امر يعاينه (والآثار) وهي ما يروى عن الاصحاب رضي الله تعالى عنهم (ووجوه الفقه) اى طرقه قال مسكين ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو علم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشارتها وينبغي ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان اولى وينبغي للسلطان ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد

انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وفى الاشباه فقد ظلم مرتين باعطاء غير المستحق ومنع المستحق لكن فى زماننا توجيه القضاء الى المستحق غير ممكن لقلته اوالمانع يمنع حتى ابتليت بان اولى القضاء من قبل من له الامر وانا اقدر ان اولى الاحق والاولى تجاوز الله عنى وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم اجمعين (وكذا المفتى) يعنى ينبغى ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة (والاجتهاد شرط الاولوية) فى القاضى والمفتى لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة الثلاثة وفى الفتح واعلم ان ما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى ولا يفتى الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على ان المفتى هو المجتهد واختلفوا فى المجتهد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد علمها بما يتعلق بها الاحكام منهما من العام والخاص والمشترك والمأول والنص والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل ان يعرف مظان احكامها فى ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولا يشترط التبحر فى هذه العلوم ولا بد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا والاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعة لهم ويدخل فى السنة اقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه قد يقاس مع وجود قول الصحابى ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد ان يكون صاحب قريحة واما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كابى حنيفة على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتى ليأخذ به المستفتى وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدى نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه فى البحر فليطالع وفى الخانية ان اختلاف ائمة الهدى توسعة على الناس فاذا كان الامام فى جانب وهما فى جانب خير المفتى وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه ابو الليث قول زفر فى مسائل وصحح فى السراج ان المفتى يفتى بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابى يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفى المنح وان خالف ابا حنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس وفى المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب

الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبيرا (فيصح تقليد الجاهل) عندنا لان المقصود من القضاء ايصال الحق الى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (ويختار المقلد الاقدر والاولى) لانه خليفة رسول الله عليه السلام في القضاء وفي الاصلاح وعند الشافعي لايصح تقليد الفاسق والجاهل وماقاله كان احوط في زمانه وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لان في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء انتهى (وكره التقلد ان خاف الحيف والعجز عن القيام به) اى كره قبول تقليد القضاء لخوف الجور اوعدم اقامة العدل لعجزه فعلى هذا لوقال ان خاف الحيف اوالعجز لكان اولى لان احدهما يكفي كما في البحر (ولابأس به) اى بالتقلد (لمن يثق من نفسه باداء فرضه) لان كبار الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة وقيل لايجوز الدخول مطلقا بلا اجبار لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وقدروى ان الامام دعى للقضاء ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد في كل مرة ثلثون سوطا حتى قال له ابو يوسف لوتقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال لوامرت ان اقطع البحر سباحة لكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال الامام كانى بك قاضيا وذكر البزازي في مناقبه اقوالا حاصله ان الامام لم يقبل القضاء ومات على الاباء وانه رحمه الله تعالى احس بموته وسجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة روح الله روحه وزاد في اعلى غرف الجنان فتوحه ومن غريب ماوقع انه جئ بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الابعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون الفا وفي الهداية والكافي والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل لحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما يظن في الابتداء انه يقضي بالحق ثم لايقدر عليه في الانتهاء ولانه لايمكنه القضاء بالحق الاباعانة غيره ولعل غيره لايعينه (ومن تعين له) اى للقضاء اوتعين القضاء له (فرض عليه) صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وفي البحر انه فرض عين ان تعين وفرض كفاية عند وجود غيره يعني ان كان في البلد قوم صالحون له فامتنعوا فيه اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان فصل القضايا (ولايطلب القضاء ولايسأله) اى من صلح للقضاء ينبغي ان لايطلب بقلبه ولايسأله بلسانه لماروى انه عليه السلام قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اى يلهمه الرشد ويوفقه

للصواب وكذا لا يسأل الامارة (ويجوز تقلده من السلطان الجائر) اى الظالم لان علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع انه اظلم زمانه (ومن اهل البغى) وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المعلى اذا ولى رجلا قضاء بلدة وقضى ذلك القاضى فى مخالفه مدة ثم رفع الى قاض آخر فان وافق رأيه امضاه وان خالف ابطله وهى بمنزلة حكم المحكم وفى العمادية المقلد من اهل البغى يصح وبمجرد استيلاء البغى لا ينعزل قضاء العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعد ذلك ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا لان الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق) استثناء من قوله الجائر واهل البغى اى يجوز تقلده الا اذا لم يمكنه الجائر واهل البغى من القضاء بالحق فحينئذ لا يجوز لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه (واذا تقلد احد القضاء بعد عزل الآخر يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها) من الصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء يكتب النسخ نسختين احداهما فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال فى وضعه فى يد القاضى الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال القاضى فى الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا (ويبعث) القاضى الجديد (امينين) من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى (يقبضانها) اى الخرائط (بحضرة المعزول او امينه ويسألانه) اى المعزول (شيئا فشيئا) للكشف لا للالزام على الغير (ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة) فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعان فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء يجمعان فى خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعان فى خريطة ليكون اسهل للتناول (وينظر) القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم فى السجن ويكتب اسماءهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم (فمن اقر بحق او قامت عليه به) اى بالحق (بينة الزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد بالزامه الحكم عليه وانما المراد الزامه الحبس اى ادام حبسه وتمامه فى البحر فليطالع (ولا يعمل بقول المعزول) فلو قال حبسته بحق عليه لا يقبل قوله وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا وعلله فى الدرر بانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل

نفسه والاينادى عليه) اياما فان حضر احد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والا يأتى فى ذلك اياما على حسب ما يرى القاضى (ثم يخلى سبيله) اى ان لم يحضر احد بعد النداء (لكن بعدما يستظهر فى امره) وفى الاختيار وان لم يحضر لا يخليه حتى يستظهر فى امره فيأخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا فان قال لا كفيل لى فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه (ويعمل) اى يعمل القاضى الجديد (فى الودايع وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (بالبينة او باقرار ذى اليد) لان اقرار غيره غير مقبول قيد بغلات الوقف لانه لا يعمل باقرار ذى اليد فى اصل الوقف اذا جحده الوارث ولا بينة ولو قال المعزول ان هذا وقف فلان بن فلان سلمته الى هذا واقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضى وذى اليد ان لم يقم عليه البينة كما فى البحر (لا بقول المعزول الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه) اى من المعزول اذ باقراره ثبت ان اليد كان للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كانه فى يده حالا لان من كان بيده حقيقة يقبل اقراره وكذا اذا كان فى يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى بالاقرار وجعل صاحب العناية وغيره هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع (ويجلس) القاضى (للحكم جلوسا ظاهرا فى مسجد) بهيئة يعلم الناس انه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة اخرى لان النبى عليه السلام جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فسوى بينهما فكان القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لان نجاسته فى اعتقاده لا فى ظاهره والحائض تمنع عن الدخول لكن تقطع خصومتها فى باب المسجد (والجامع اولى) من المسجد لانه غير خفى على الغرباء وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد والا فيختار الوسط منهما وقال الشافعى يكره الجلوس للقضاء فى المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس (ولو جلس فى داره واذن) للناس (فى الدخول) فيها اذنا عاما ولا يمنع احدا لان لكل احد حقا فى مجلسه (فلا بأس به) لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان لكن الاولى ان تكون الدار فى وسط البلد ويجلس معه من كان معه فى المجلس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة ويبعد عنه الاعوان لانه اهيب ولا يحكم وهو ماش او قائم او مشغول بشئ آخر ويجوز ان يحكم وهو متكئ ولكن القضاء مستوى الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء ويستحب ان يقعد معه اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضاء لكن لا يشاوره عند الخصوم بل يخرجهم او يبعدهم ثم يشاوره وينبغى للقاضى ان يعتذر للمقضى

عليه او بين له وجه قضائه ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ * وينبغي للقاضي اذا اختصم اليه اخوان او بنو الاعمام ان لا يعجل بالقضاء عليهم فيدافعهم قليلا كي يصطلحوا لان القضاء وان حق ربما يكون سببا للعداوة وفي البزازية قضى القاضي بحق ثم امره ان يستأنف القضية ثانيا بمحضر من العلماء لا يفترض ذلك على القاضي (ولا يقبل) القاضي (هدية) ولو قبلها لان قبولها يؤدي الى مراعاة المهدي فان كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كما في الخلاصة (الا) انه له ان لا يردها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لان في ردها عليهم قطيعة رحم وهي حرام (او من جرت عادته بمهاداته) قبل القضاء من الاجنبي لعدم التهمة (ان لم يكن لهما) اي للقريب او من جرت عادته بمهاداته (خصومة ولم يزد على العادة) حتى لو كان لهما خصومة او زادت على العادة يردها كلها في الاول وما زاد عليها في الثاني وقيده فخر الاسلام بان لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله وفي البحر وللقاضي ان يقبلها من السلطان ومن حاكم البلدة واقتصر في التاتارخانية على من ولاه وفي الخانية ويجوز للامام والمفتي قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة (ويحضر الدعوة العامة) لعدم كونها للقضاء الا اذا كان صاحب العامة احد الخصمين (لا الخاصة) لانها جعلت لاجله ولم يفصل في الخاصة بين ان يكون من القريب او من غيره او ما اذا جرت له عادة بها اولم تجر وفي الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوي ان على قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب (وهي) اي الدعوة الخاصة (ما لا يتخذ ان لم يحضر) القاضي فان علم المضيف ان القاضي اذا لم يحضرها لا يتركها عامة وقيل ان جاوز العشرة فعامة والا فخاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سواهما خاصة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشمته وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يمكث في ذلك المحل هذا اذا لم يكن المريض احد الخصمين وان كان احدهما ينبغي ان لا يعوده (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا) له معرفة بالفقه ويجلس ناحية عن القاضي حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة (ويسوي) القاضي (بين الخصمين جلوسا) اي من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولا مقعين ولا محتبين ويكون بين القاضي وبينهما

قدر ذراعين من غير ان يرفعا اصواتهما وتقف اعوان القاضي بين يديه ويمنعون الناس عن التقدم اطلق في التسوية بينهما فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والذمي والعبد والحر وانما قلنا بين يديه لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية وكذا لو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان جانب اليمين افضل وفي البحر نقلا عن الفتوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وحكي ان ابا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم اني لا اميل الى احد الخصمين حتى القلب الا في خصومة النصراني مع الرشيد ولم اسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى (واقبالا ونظرا) لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الآخر ولان في عدم التسوية كسرا لقلب الآخر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه) اي لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه (ولا يضيفه) اي احد الخصمين (دون الآخر) وفيه اشارة الى انه لو اضافهما معا فلا بأس به (ولا يضحك اليه) اي الى احدهما (ولا يمزح معه) اي مع احدهما ولا يتلطف به (ولا يلقنه حجته) لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسرا لقلب الآخر (ويكره تلقينه) اي تلقين القاضي (الشاهد بقوله اشهد بكذا) لان الشاهد يستفيد من قول القاضي زيادة علم فتوجد اعانته وهي تهمة (واستحسنه) اي التلقين (ابو يوسف في غير موضع التهمة) لانه قد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة وفي الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما عن ابي يوسف وفي القنية الفتوى على قول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته واما افتاء القاضي فالصحيح انه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي احد الخصمين قيد بالشاهد ليبان انه لا يلقن المدعي بالاولى وفي الخانية فان امر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابي يوسف (ولا يبيع) القاضي (ولا يشتري في مجلسه) اي في مجلس القضاء واطلقه في البحر فقال ولا في غيره هو الصحيح لان الناس يتساهلون لاجل القضاء هذا اذا كان يكفي المؤنة من بيت المال او يعامل من جانبه والا لا يكره ولو باع مال المديون او الميت لا يكره (ولا يمزح) لاذهابه هيبة القضاء (فان عرض له) اي للقاضي (هم او نعاس او غضب

اوجوع اوعطش اوحاجة) حيوانية (كف عن القضاء) قال عليه السلام لايقضي القاضي وهو غضبان وفي رواية وهو شبعان ولانه يحتاج الى التفكر وهذه الاعراض تمنع صحة التفكر ولايؤمن عن الوقوع في الخطاء ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لانه لايخلو عن الجوع ولايتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفي النهار واذا طمع في ارضاء الخصوم ردهما مرة اومرتين وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما فان تأخيره بعد ما ثبت ظلم الا في الثلثين وغيره القضاء واجب على القاضي بعد ظهور عدالة الشهود حتى لوامتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ويكفر ان لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه (واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما) اي للخصمين (مالكما وان شاء سكت) والسكوت احسن كيلا يكون تهييجا للخصومة وقد قصداه لقطعها (واذا تكلم احدهما اسكت الآخر) لانهما اذا تكلما جملة لايتمكن من الفهم

(فصل)

في الحبس لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة (فاذا ثبت الحق للمدعى وطلب) المدعى (حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لايحبسه) اي لايعجل بحبسه اذا لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال (الا اذا امره بالاداء فابى) حينئذ يحبسه لظهور المماطلة (وان ثبت) اي الحق الذي ادعاه ولو دانقا (بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع) ان طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالانكار وقال شريح يحبسه من غير طلبه (وقيل لا) يحبس قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما لم يعلم به ويقول ما علمت الا الساعة بخلاف الاقرار لكن الاول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان يكون لموضع ليس به فراش ولاوطاء ولايمكن احد ان يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه وجيرانه ولايمكثون عنده طويلا ولايخرج لجمعة وعيد ولالجماعة ولالحج فرض ولالحضور جنازة ولو بكفيل كما في التبيين لكن في الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفي غيرهم لايخرج وعليه الفتوى ولايخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولايضرب المحبوس لاجل الدين الا اذا امتنع من الانفاق على قريبه فيضرب ولايغل الا اذا خيف انه يفر فيقيد ولايجرد ولايقام بين يدي صاحب الحق اهانة وتعيين مكان الحبس للقاضي الا اذا طلب المدعي مكانا آخر (فان ادعى الفقر حبسه في كل مال زمه

بدل مال) ولا يلتفت الى قوله (كالثمن) اطلاقه فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ما على المشترى وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة اوخيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة واما اذا قبض المشترى المبيع اولا كما فى البحر (والقرض) اشبوب غنائه بحصول المال فى الصورتين (او لزمه (بالتزامه كالمهر المعجل) قيد بالمعجل لانه لا يحبس فى المؤجل ويصدق فى الاعسار وعليه الفتوى وفى الاصل لا يصدق فى الصداق بلا فصل بين مؤجله ومعجله كما فى البزازية (والكفالة) اذ الاقدام على الالتزام دليل اليسار فى الصورتين ويمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصل وكفيل الكفيل وان كثر وفى الخانية رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار مروى ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهو خلاف ما اختاره المص تبعا للهداية وذكر فى انفع الوسائل انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقده ولم يكن بدل مال والعمل على ما فى المتون لانه اذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى وقيل القول للمديون فى الكل وقيل للدائن فى الكل وقيل يحكم بالزى الا فى الفقهاء والعلوية كما فى البحر (لا فيما عدا ذلك) اى لا يحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والسرقة والنفقة واعتاق الامام المشتركات وبدل الكتابات ان ادعى المديون الفقر لان الاصل فى الادمى العسرة والمدعى يدعى امرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه (الا اذا برهن خصمه ان له مالا و يحبسه) اى القاضى المديون حينئذ (مدة يغلب على ظنه انه لو كان له) اى للمديون (مال لاظهره وهو الصحيح) وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين او ثلاثة او اربعة اوخمسة اوستة اوشهر اتفاق وليس بتقدير حتما (وقيل) يحبسه (شهرين او ثلاثة) والصحيح الاول لما بيناه ولو قال المديون حلفه انه ما يعلم انى معسر يجيبه القاضى الى ذلك ويحلفه انه ما يعلم عساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لا يحبسه والمراد من الغناء قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل وان علم القاضى عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لا يحبسه كما فى البزازية وفى البحر وظاهر كلامهم ان القاضى لا يحبس المديون اذا علم ان له مالا غائبا او محبوسا موسرا وانه يطلقه اذا علم بأحدهما ثم يسأل القاضى عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما راه من جيرانه فان قامت على اعساره اطلقه ولا يحتاج

الى لفظ الشهادة وشرطه فى الصغرى والعدل الواحد يكفى والاثنان احوط وكيفيته ان يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية ولا يشترط لسماعهما حضور رب الدين فان كان غائبا سمعهما واطلقه بكفيل كما فى البزازية (وان لم يظهر له) اى للمحبوس (مال) بعد سؤاله عنه (خلى سبيله) اى خلى القاضى المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما (الا ان يبرهن الخصم على يساره) بشهادة عدلين انه موسر قادر على قضاء الدين ولا يشترط تعيين المال (فيؤبد حبسه) لظهور انه يصر على ظلمه من منع حق اخيه فيجازى بتأبيد حبسه (ولا تسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ) هو الصحيح لان البينة للاثبات لا للنفى الا اذا اقام المدعى عليه بعد زمان على العسرة فتقبل لان الاعسار بعد اليسار امر عارض ايضا فيخليه القاضى بلا كفيل الا فى مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه الا بكفيل كما فى المنح وفى البزازية اطلق القاضى المحبوس لافلاسه ثم ادعى آخر عليه مالا وادعى انه موسر لا يحبسه حتى يعلم غناه (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق فلا يحبس فى النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست بدل عن مال ولا لزمته بعقد (لا والد فى دين ولده) اى لا يحبس اصل فى دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا او معسرا لكن ينبغى ان يقيده بشئ وهو انه اذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضى يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله ولو قال المديون ابيع عرضى واقضى دينى اجله القاضى ثلاثة ايام ولو له عقار حبسه وبيعه ويقضى الدين ولو بثمن قليل قيد بدين الولد لان الولد يحبس بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما فى البحر (الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه) اى على الولد فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين ولا يحبس العبد لدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس ولا يحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين آخر عليه (ولو مرض) المحبوس (فى الحبس لا يخرج) من الحبس (ان كان له من يخدمه فيه) اى فى الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى القضاء

الدين وبالمرض يزداد ضجره (والا) اى وان لم يكن له من يخدمه فيه (اخرج) من الحبس بكفيل لئلا يهلك كالومرض مرضا اضناه وهو مروى عن محمد وعليه الفتوى وعن ابى يوسف لايخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء (ولايمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه) اى فى الحبس (هو الصحيح) وقيل لايمنع لان نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك وفى القهستانى ولايواجره فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف لو كان له عمل آجره وادى دينه بماسوى قوته وقوت عياله (ويمكن من وطئ جاريته ان كان فيه) اى فى السجن (خلوة) قال الزيلعى وغيره ان احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته اوجاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطئ من فضول الحوايج انتهى فعلى هذا المناسب للمص ان لايقتصر على الجارية لانه لايمنع من وصول امرأته كذلك تدبر (واذاتمت المدة) للحبس على الاختلاف (ولم يظهر له مال خلى سبيله) هذا تكرار لكن ذكره توطئة لقوله (ولايحول بينه وبين غرمائه) بعد خروجه من الحبس عند الامام (بل يلازمونه) لانهم منتظرون الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذونه منه فضل كسبه (ولايمنعونه من التصرف والسفر) تفسير للملازمة يعنى انهم يدورون معه اينما دار ولايمنعونه من التصرف والسفر كما فى العناية (ويأخذون فضل كسبه) بلا اختياره اواخذه القاضى (ويقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة لكن المديون لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك (والملازمة ان يدوروا معه حيث دار فان دخل داره) لايدخلون معه (وجلسوا على الباب) الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة (ولو كان الدين لرجل على امراة) والمسئلة بحالها (لايلازمها) لما فيه من الخلوة بالاجنبية (بل يبعث امرأة) امينة (تلازمها وقالا اذا افلسه الحكم) اى اذا حكم بافلاسه (يحول بينه وبين غرمائه) اى يأمرهم ان يتركوا ملازمته (الا ان يبرهنوا ان له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الامام لايتحقق القضاء بالافلاس وفى قوله الا ان يبرهنوا الخ اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا

(فصل فى كتاب القاضى)

وانما اخره عن الحبس لانه لما كان لايتحقق فى الوجود الا بقاضيين كان مركبا

بالنسبة الى ماقبله والبسيط قبل المركب وترك قوله الى القاضي كما في اكثر الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل يبين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة

(اذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم) اى القاضي (بها) اى بشهادتهم لوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند القاضي وقد حكم عليه كما في البحر وغيره لكن لا يخفى ما فيه من التكلف والاحسن ان يقال ان هذا توطئة لقوله وان شهدوا على غائب لا يحكم وليس بمقصود بالذات كما في الدرر

(وكتب) القاضي (بالحكم) لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه (وهو) اى كتاب الحكم (السجل) الحكمي لانه سجله اى احكمه بالحكم وفي المصباح السجل كتاب القاضي وسجل القاضي بالتشديد قضى وحكم واثبت حكمه في السجل وفي البحر فالسجل الحجة التي فيها حكم القاضي ولكن هذا في عرفهم وفي عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقائع الناس وما يحكم القاضي وما يكتب عليه (وان شهدوا على) الخصم (الغائب) كان في محلة اخرى او قرية او بلدة و يشترط في ظاهر الرواية مسيرة السفر وعن ابي يوسف يجوز فيما لا يرجع في يومه وفي السراجية وعليه الفتوى ولا يحكم لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ بخلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوزه كما في التبيين وهو يدل على ان الحاكم على الغائب اذا كان حنفيا فان حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان معنى قولهم ان القضاء على الغائب ينفذ في اظهر الروايتين اذا كان القاضي شافعيا كما سيأتي (بل يكتب القاضي بها) اى بالشهادة الى قاض يكون الخصم في ولايته (ليحكم) القاضي (المكتوب اليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضي الى القاضي) وجه التسمية به ظاهر

(والكتاب الحكمي) منسوب الى الحكم باعتبار مايؤول اليه و(هو نقل الشهادة في الحقيقة) لان القاضي الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان كان مخالفا لرأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه اذا كان في فصل مجتهد فيه او متفق عليه كما في البحر وفي المبسوط وغيره والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان

القاضي الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روى ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء (ويقبل في كل ما لا يسقط بالشبهة) احتراز عن الحد والقود لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة لان مبناهما على الاسقاط وفي قوله سعي في اثباتهما قيل فيه شبهة التبديل والتزوير وهما يسقطان بالشبهات (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه ايضا يعرف بالتحديد (والنكاح) سواء ادعى الزوج او الزوجة وكذا الطلاق ان ادعت على الزوج (والنسب) من قبل الحي او الميت لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة (والغصب) اذ فيه يلزم القيمة وهي دين (والامانة والمضاربة المجحودتين) لانهما كالمغصوبين حكما قيدهما بالمجحودتين لان غير المجحودتين لا يحتاجان الى كتاب القاضي وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذي يوجب المال لان البعض منها يعرف بالقدر والوصف والبعض الآخر يعرف باحدهما ولا يقبل الكتاب في العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها في ظاهر الرواية لحاجة الى الاشارة عند الدعوى والشهادة وروى عن ابي يوسف للقاضي ان يقبل في العبد لان الاباق يغلب فيه لا في الامة وعنه ايضا انه يقبل في الامة كالعبد (و) روى (عن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه المتأخرون) وفي البزازية والمتقدمون لم يأخذوا بقول الامام الثاني وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة (وبه يفتى) كما قال الامام الاسبيجابي وهو مذهب الائمة الثلاثة (ولا بد ان يكون الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما) بان يقول من فلان بن فلان الى فلان بن فلان وفي العناية ويشترط فيه المعلوم الخمسة وهو ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم اي المدعى المعلوم على معلوم اي المدعى عليه (فان شاء قال بعده) اي بعد ان يقول الى فلان بن فلان (والى كل من يصل اليه) الكتاب (من قضاة المسلمين) حتى لا يبطل المكتوب اليه على ما سيجيء ان شاء الله تعالى (ويقرأه) اي القاضي الكاتب الكتاب (على من يشهدهم عليه) ليعرفوا ما فيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه (او يعلمهم بما فيه) اي في الكتاب ان لم يقرأ اذ لا شهادة بدون العلم (وتكون اسماؤهم) اي اسماء شهود الطريق وكذا انسابهم (داخلة) في كتابه وفي التبيين وغيره ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما

ويذكر الحق فيه ويذكر شهود الاصل واسمائهم وانسابهم لاجل التمييز ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم هذا اذا كان غير مشهور واما اذا كان مشهورا يكتفى باسمه المشهور ويكتب العنوان فى داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل فيسلى هذا فى عرفهم اما فى عرفنا العنوان ان يكون على الظاهر فيعمل به وفى الدرر ويكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله (ويختمه) اى الكتاب (بحضرتهم) اى بحضرة الشهود (ويحفظون) اى الشهود (مافيه) اى فى الكتاب لانهم يشهدون به (ويسلمه) اى الكتاب (اليهم) اى الى الشهود دفعا لتهمة التغيير وهذا عند الطرفين (وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك) المذكور (سوى اشهادهم انه كتابه لما ابتلى بالقضاء) وهو قول ابى يوسف آخرا قيل اذا كان الكتاب فى يد المدعى يفتى بان الختم شرط وان كان فى يد الشهود يفتى بانه ليس بشرط (واختار) الامام (السرخسى قوله) اى قول ابى يوسف اخرا (وليس الخبر كالعيان) يعنى ان ابا يوسف قبل ان ابتلى بقضاء وعاين مافيه قال فيه مثل ما قالا ولما ابتلى بالقضاء وعاين مافيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على الناس وان كان الاحتياط فيما قالا (واذا وصل) الكتاب الى القاضى (المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم) اى لا يأخذ الكتاب الا وقت حضور الخصم لانه لالزامه كما فى الاختيار لكن فى الذخيرة وغيره ان حضوره شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب (و) الا (بشهادة رجلين اورجل وامرأتين) لان الكتاب قد يزور فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم اذ يجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا الزام الا بينة (انه كتاب فلان بن فلان القاضى) والجملة مفعول قوله بشهادة وفيه اشعار بانه يسلم الكتاب الى المدعى كما ذهب اليه ابو يوسف (قرأه علينا) واخبرنا به وختمه (وسلمه الينا فى مجلس حكمه) كله خبر بعد خبر وفيه اشارة الى مذهب الطرفين (وعند ابى يوسف) يكفى شهادة (انه كتاب فلان) القاضى (وخاتمه) ولا يشترط ان يقولوا قرأه علينا وسلمه الينا فى مجلس حكمه (وعنه) اى عن ابى يوسف (ان الختم ليس بشرط) فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضى لكن لا بد من اسلام شهوده بالاتفاق ولو كان لذمى على ذمى لانهم يشهدون على فعل المسلم وانما يحتاج اليهم اذا انكر الخصم كونه كتاب القاضى اما اذا اقر فلا حاجة الى الشهود (فاذا شهدوا) سواء على ما قالاه او على ما قاله عند القاضى المكتوب اليه (فتحه) اى المكتوب اليه الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود كما فى الهداية وهو الصحيح وفى العناية ان الاصح ما قاله محمد من تجويز الفتح

عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض عدالة الشهود وفي التبيين ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده وقرأه على الخصم والزمه ما فيه لانه ثبت عنده ما في الكتاب الا ان يقول الخصم لست بفلان الذي شهدوا به واقام البينة ان في هذه القبيلة اثنين بهذا النسب كما في القهستاني (ويبطل الكتاب بموت) القاضي (الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب) الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم وكذا بخروجه عن الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج حكما لكونه واحدا من الرعايا فكتابه لا يقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية وانما قلنا بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم لانه لو مات او عزل بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية و يحكم به المكتوب اليه على الصحيح وقال ابو يوسف لا يبطل مطلقا سواء مات الكاتب او عزل قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضي به وهو قول الائمة الثلاثة (و) يبطل (بموت المكتوب اليه) وعزله (الا اذا كتب بعد اسمه) اي اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل لان الغير صار تبعا للمعروف المعين بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لعدم التعريف و اجاز ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء وفي الخلاصة وعليه عمل الناس (لا) يبطل (بموت الخصم بل ينفذ على وارثه) اي وارث الخصم المتوفى لانه قائم مقامه و كذا ينفذ على وصيه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده اطلق الخصم فشمل المدعى و المدعى عليه (واذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته ومحلها جازله ان يقضي به) من غير شاهد حتى اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيأ من المدعي يأخذه عن زيد ويدفعه الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وفي شرح مختصر الوقاية لابي المكارم وهل يقضي القاضي بعلمه في حقوق العباد اذا علم في مصره حال قضائه وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يقضي بعلمه وفي حدود هي حق الله كحد الزنا والشرب لا يقضي بعلمه وفي القصاص وحد القذف يقضي به واذا علم بحقوق العباد قبل قضائه اوفي غير مصره فحضر مصره ثم رفع الحادثة اليه فعند الامام لا يقضي بذلك العلم وعندهما يقضي و اختلف المشايخ على قوله سواء كان قاضيا على الرستاق اولم يكن ولو علم بحادثة في مصره فعزل ثم اعيد فعنده لا يقضي و عندهما يقضي

(فصل)

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب

على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل يجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان توقف نفاذ محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به (ويجوز قضاء المرأة) في جميع الحقوق لكونها من اهل الشهادة لكن اثم المولي لها لحديث لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة (في غير حد وقود) اذ لا يجري فيهما شهادتها وكذا قضاؤها في ظاهر الرواية فلو قضت في حد وقود فرفع الى قاض آخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما في الخلاصة واما قضاء الخنثى فيصح بالاولى وينبغي ان لا يصح في الحدود والقود لشبهة الانوثة كما في البحر (ولا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا وقال الطحاوي انه ينفذ ولا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (الا ان يفوض اليه ذلك) الاستخلاف بان قيل من قبل المقلد ول من شئت وفيه اشعار بانه يستخلف بالاذن دلالة كما في القهستاني فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لان معناه التصرف في القضاء تقليدا وعزلا وفي الخلاصة الخليفة اذا اذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا واذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلا فقضى للقاضي الذي استنابه او لولد مستنيبه جاز قضاؤه ويقضي النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه كما في التنوير لكن في البزازية لا يقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام النائب اما النائب يقضي بكلام القاضي اذا اخبره (بخلاف المأمور بالجمعة) فانه يستخلف لكونهما على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء (واذا استخلف المفوض اليه) الاستخلاف (فنائبه لا ينعزل بعزله) اي بعزل المفوض اليه اياه لانه صار نائبا عن الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (ولا) ينعزل (بموته) اي بموت المفوض اليه (بل هو نائب الاصيل) حقيقة وفيه اشارة الى ان نائب القاضي انعزل بموته كما في هداية الناطفي ولم ينعزل عند كثير من المشايخ والى ان قاضي امير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة حيث لا ينعزل القاضي كما لا ينعزل امراؤه وفي الفواكه البدرية ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه وفي المحيط اذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لو مات القاضي حيث لا ينعزل نائبه هكذا قيل ولا ينعزل القاضي اذا عزل السلطان ما لم يصل الخبر اليه كالوكيل ولا ينعزل بعزل نائب القاضي والقاضي اذا قال عزلت نفسي او اخرجت نفسي وسمع السلطان ينعزل والا لا وقيل لا ينعزل اصلا لانه نائب عن العامة فلا يملك عزله (وعزل المفوض) اليه الاستخلاف

(ان قضى نائبه بحضرته او) قضى (بغيبته فاجازه) الاصيل عند اتنا (جاز قضاؤه) اذا كان المستخلف اهلا للقضاء لان المقصود حصول رأى الاول وقد وجد (كما فى الوكالة) اى كالوكيل بالبيع والشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز عمله جاز (واذا رفع الى القاضى حكم قاض آخر فى امر اختلف فيه فى الصدر الاول) قيل هو زمان الصحابة والتابعين وقيل المراد مايعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فى الاصح (امضاه) القاضى المرفوع اليه سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد آخر لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول بالقضاء به ولا ينقض بمادونه (ان لم يخالف الكتاب) كالقضاء بحل متروك التسمية عمدا اذ هو مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه كما فى المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فان الاول نافذ عند الطرفين كما فى القهستانى (او السنة المشهورة) كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنكاح الثانى بلا وطئ اذ هو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة (او الاجماع) كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده ويشترط ان يكون القاضى عالما باختلاف الفقهاء حتى او قضى بفصل مجتهد فيه وهو لايعلم بذلك واتفق وقوع قضائه فى موضع الاجتهاد لايجب على الثانى تنفيذه وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب لكن فى الخلاصة ان هذا الشرط يعنى كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه انتهى فينبغى ان يعمل بما فى الخلاصة فى زماننا لان قضاة زماننا غالبا لامعرفة لهم بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين وفى البحر تفصيل فليراجع (وما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر فيه خلاف البعض) كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لان هذا حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما لكن الصحابة رضى الله عنهم انكروا وردوا عليه قيل فى اصول الفقه يعتبر باختلاف الاقل فى مقابلة اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا نحن اكثر منكم يقال لامخالفة بين القولين لان المذكور فى الكتاب خلاف وفى الاصول اختلاف فافترقا وذلك ان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزوا له يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفى المنح نقلا عن شرح الادب او قضى فى موضع الاختلاف يجوز وفى موضع الخلاف لايجوز اراد بالاول ماكان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف واراد بموضع الخلاف مالم يكن معتبرا ولم يعتبر خلاف الشافعى وقيل الخلاف عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلا لقول الجمهور وقيل الخلاف

قول بلا دليل مقرر والاختلاف قول قابل معتبر وقيل الخلاف من آثار البدعة والاختلاف من آثار الرحمة (والقضاء بحل او حرمة ينفذ ظاهرا) اى فيما بيننا (وباطنا) اى فيما عند الله عند الامام (ولو) وصلية (بشهادة زور) اذا ادعى (بسبب معين) من العقود والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفي الهبة والصدقة روايتان (وعندهما لا ينفذ باطنا بشهادة الزور) وان نفذ ظاهرا وهو قول زفر والائمة الثلاثة ثم فرع بقوله (فلو اقامت بينة زور انه زوجها وحكم به حل لها تمكينه) اى اذا ادعت المرأة على الرجل انه تزوجها فاقامت على ذلك بينة زور وقضى القاضي بها حل له وطؤها وحل لها تمكينها من الوطئ عند الامام لما روى ان عليا كرم الله وجهه قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين فقالت يا امير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجني فقال على شاهداك زوجاك ولم يلتفت قولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زورا بدلالة القصة بناء على ان حكم القاضي بمنزلة انشاء عقد صحيح ولان القاضي مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه اذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة اذ الوقوف على هذه الاشياء ممكن ولا يلزم الايجاب والقبول في انشاء القاضي بالحكم وكذا لا يلزم حضور الاثنين في خصوص النكاح كما قيل لان ما ثبت في ضمن صحة القضاء ثبت اقتضاء لا صريحا فلا تراعى شرائطه (خلافا لهما) لان شهادة الزور حجة في الظاهر فيكون القضاء بقدر الحجة ولا يكون حجة في الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما وقال ابو الليث الفتوى على قولهما واثم الشاهدان اثما عظيما ولا بد في المسئلة من زيادة قيد وهو ان لا يكون في المحل مانع لانشاء العقد لان قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه اصلا لا يفيد الحل بالاجماع وفي القهستاني اذا قضى القاضي بشهود زور انه طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج بعد العدة فانه يحل له الوطئ ظاهرا وباطنا عند الامام وان علم ان الزوج لم يطلقها لا يحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل له ولا يحل للثاني اذا علم وعن ابي يوسف انه يحل للاول سرا وعن محمد يحل ما لم يدخل به الثاني (وفي الاملاك المرسلة) اى المطلقة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين (لا ينفذ باطنا اتفاقا) لعدم احتمال الانشاء في نفس الملك بدون السبب كما في الصريح كمن ادعى امة انها ملكه مطلقا ولم يقل اشتريتها مثلا واقام على ذلك بينة زور وقضى القاضي بها لا يحل له وطؤها بالاجماع (والقضاء في مجتهد فيه بخلاف رأيه) والباء في قوله بخلاف متعلق بالقضاء (ناسيا او عامدا لا ينفذ عندهما) لانه قضاء عامدا وخطاء عنده

(وبه يفتى) كما فى المحيط والهداية (عند الامام ينفذ او) قضى (ناسيا
وفى العمد روايتان) عنه فى رواية لا ينفذ وفى رواية ينفذ لانه ليس بخطاء بيقين
وفى الخانية اظهر الروايتين عن الامام نفاذ قضائه وعليه الفتوى وفى الفتح
فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك عمدا
لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسى فلان المقلد انما ولاه ليحكم
بمذهب الامام فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كالاوامر
السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة يجب عليه عدم سماعها
ولو سمعها وقضى لا ينفذ لانه لا يصير قاضيا بالنسبة الى تلك الحادثة كما فى المنح
واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلماء على احد
القولين فى عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما
لا يرتفع فيكون الخلاف باقيا على حاله (ولا يقضى) القاضى اى لا يصح
قضاؤه (على غائب) ولا يقضى له عندنا لان القضاء بالبينة وهى لم تعمل
الا اذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافا للشافعى وفى البزازية قضى
للغائب او عليه لا يصح الا ان يكون عند خصم حاضر قال صاحب البحر ولذا
فسرنا بعدم الصحة والاولى ان يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض آخر
يراه فانه ينفذ واختلف التصحيح فى نفاذه فقيل لا ينفذ وقيل ينفذ ورجح الاول
فى الفتح وانه لابد من امضاء قاض آخر لان الاختلاف فى نفس القضاء قال ظهير
الدين فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتى بعدم النفاذ كيلا
يتطرقوا الى ابطال مذهب اصحابنا والقائل بان الفتوى على النفاذ خواهر زاده
لكن اشتبه على كثير ان قولهم الفتوى على النفاذ اعم من كون القاضى شافعيا
يراه او حنفيا لا يراه والظاهر انه انما هو فى حق من يراه لاجماع الحنفية على انه
لا يقضى على غائب كما ذكره الصدر ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا (الا بحضرة
نائبه) استثناء من قوله لا يقضى على غائب اى لا يصح قضاؤه على الغائب
ولا له الا ان يحضر من يقوم مقامه (حقيقة كوكيله) وابيه ووصى الميت ومتولى
الوقف وفيه اشارة بان القاضى انما يحكم على الغائب وعلى الميت ويكتب
فى السجل انه حكم على الغائب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة وصيه
(او شرعا) عطف على قوله حقيقة اى باقامة الشرع عنه (كوصى نصبه
القاضى) كما اذا كان المدعى عليه ميتا وله صغير قد نصب له وصيا (او حكما)
لمن يقوم مقامه من حيث الحكم (بان كان ما يدعى على الغائب سببا) لازما
(لما يدعى على الحاضر) من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر انه اشتراها
من الغائب فانه ان صدقه الحاضر لا يسلمها القاضى الى المدعى فانه قضاء على

الغائب وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وأن إنكره الحاضر فاقام بينة علوى قضى القاضي بها عليه وهذا قضاء على الغائب ايضا ولذا لو حضر وانكر لا يحتاج الى اعادة البينة فالحاضر منتصب خصما عنه حينئذ وكذا لو ادعى على الحاضر شفعة دار شراها من الغائب او ادعى عليه الكفالة بماله على فلان الغائب كذا وهذا كفيل عنه بامره يقضى القاضي على الحاضر والغائب ولو لم يقل بامره لا يقضى على الغائب وكذا لو ادعى حد القذف على قاذفه فقال القاذف انا عبد وقال المقذوف اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما او ادعى المشهود عليه ان الشاهد عبد لفلان وبرهن المدعى ان المالك الغائب اعتقه تقبل ويقضى عليهما وهى حيلة اثبات العتق على الغائب ولو قال القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقد قذفه بان الزانية واقام المقذوف بينة على ان امه بنت فلان القرشية فقضى القاضي بالحد فهو قضاء بالنسب ايضا كما فى اكثر الشروح لكن لا يخفى ان كون امه بنت فلان القرشية لا ينافى كونها امة لجواز ان امها امة فتكون امة تبعة للام تدبر وفى البحر والمنح اقطار كثيرة فليراجع اليهما (فان كان) ما يدعى على الغائب والاولى وان كان بالواو (شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لا يصح) ولا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب هذا قول عامة المشايخ وبعض المتأخرين على ان الشرط كالسبب لجامع التوقف واطلق ذكر الشرط كما فى الهداية لكن فى الكافى ان الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر الغائب لا يعطى له حكم السبب قال قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال لامرأته ان طلق فلان زوجته فانت طالق فاقامت بينة ان فلانا طلق زوجته لا تقبل بينتها فى الاصح وان لم يتضمنه فهو كالسبب كما لو علق طلاق امرأته بدخول فلان الدار فاقامت البينة على الدخول تقبل بينتها وفى المنح واما حيلة اثبات طلاق الغائب المذكورة فى الفصول وغيره فكلها على الضعف من ان الشرط كالسبب فمنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه ومنها دعواها كفالة نفقة العدة معلقة بالطلاق ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ (ويقرض القاضي مال اليتيم) وكذا مال الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ لكونه مضمونا على المستقرض (ويكتب ذكر الحق) اى يكتب الصك لان ذكر الحق مخافة النسيان لكثرة اشغاله قال المولى سعدى وفيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق على انه مفعول له ليكتب وعندى ان قوله ذكر الحق على الاصل (ولا يجوز ذلك) اى الاقراض (للوصى) بالاتفاق لعدم قدرته على الاستحصال حتى لو اقرض يضمن (ولا للاب فى الاصح) وفى المنح وفى الاب

روايتان اظهرهما كالوصى وهو الصحيح كما فى الخانية وفى الخلاصة والخزانة الصحيح ان الاب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد مافى المتون ويستثنى من عدم جواز اقراض الاب والوصى على المعتمد اقراضه للضرورة كحوف ونهب فيجوز اتفاقا وفى التنوير ولوقضى القاضى بالجور فالغرم على القاضى فى ماله ان قضى بذلك متعمدا واقربه ولوقضى خطأ فعلى المقضى له

(فصل)

فى التحكيم هذا من فروع القضاء وتأخيره ان المحكم ادنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضى وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع (ولوحكم) من باب التفعيل (الخصمان من يصلح قاضيا) بكونه اهلا للشهادة فلوحكما عبدا اوصبيا اوذميا اومحدودا فى قذف لم يصح وتشترط الاهلية وقت التحكيم ووقت الحكم فلوحكما عبدا فعتق اوصبيا فبلغ اوذميا فاسلم ثم حكم لاينفذ حكمه ولوحكم الذميان ذميا جازلانه من اهل الشهادة فى حقهم و يشترط ان يكون المحكم معلوما فلوحكما اول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة (لحكم بينهما صح) الحكم لانهما التزما ورضيا به اولايتهما على انفسهما (ونفذ حكمه) اى حكم المحكم (عليهما ببينة اواقرار اونكول) لكون موافقا لحكم الشرع بخلاف حكمه بعلمه فانه لاينفذ (و) نفذ (اخباره) اى اخبار المحكم (باقرار احد الخصمين) بان قال لاحدهما قد اقررت عندى لهذا بكذا وقضيت عليك (و) نفذ اخباره (بعدالة الشاهد) بان قال لاحدهما قامت عليك بينة فعدلت عندى فحكمت لذلك (حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما لان الاخبار بالاقرار اوالعدالة مقيد لوقوعه قبل قوله حكمت مثلا فيصير الاخبار قبل الانعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين قياسا على سائر القضاة بخلاف اخباره بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول (ولكل منهما) اى من الخصمين (ان يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد احدهما بنقضه كما ينفرد احد العاقدين فى مضاربة وشركة ووكالة اذا لم تكن الوكالة بالتماس الطالب (لابعده) اى لايصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضى اذاقضى ثم عزل لايبطل قضاؤه (واذا رفع حكمه) اى حكم المحكم (الى قاض امضاه ان وافق مذهبه) لعدم الفائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لايكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذارفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه (والا) اى وان لم يوافق مذهبه (نقضه) اى لم يمضه لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضى اذاخالف

زناه (ولا يصح التحكيم في حد) اذ فيه حق الله (وقود) لانهما لا يملكان اباحة دمهما فلا يجوز حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما وقيل ان حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما (ويصح التحكيم في سائر المجتهدات) وغيرها الذي هو الثابت بالكتاب والسنة والاجماع بالطريق الاولى (قالوا) اي مشايخنا (ولا يفتى به) اي بالتحكيم (دفعا لتجاسر العوام) وفي البحر واعلم ان معنى قولهم لا يفتى به لا يكتب على الفتوى ولا يجاب باللسان بالحل لو سأله المفتي كما افاده في الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل ولا نفتي به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتي يجيب بقوله لا يحل فليتأمل فيه انتهى (ولو حكماه في دم خطاء فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ) لان حكم المحكم لا ينفذ في حق غير المحكمين ولا ينفذ اذا في حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه كما لو حكماه في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يرضى البائع الاول والثاني والمشتري بحكمه قيد بكونها على العاقلة لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطأ وان لم يقر به لا ينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفا للنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاوليا قوموا فدوه ولا يصح حكم المحكم (ولا المولى) اي القاضي من جهة السلطان (لابويه) وان علا (وولده) وان سفل (وزوجته) لانه يتهم في حكمه لهم (ويصح) حكمهما (عليهم) كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم (ويصح لمن ولاه وعليه) لان من جاز شهادته له وعليه جاز قضاؤه له وعليه

(مسائل شتى)

جمع شتيت اي متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل والمسائل خبر لمبتدأ محذوف فاذا قلت جاء في القوم شتى نصبت على الحال اي متفرقين (ليس لذي سفل عليه) اي على السفل (علو لغيره ان يتد) اي لا يدق وتدا (في سفله او ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهي الطاقة وفي الديوان بالفتح الروزنة وفي البحر بالفتح نقب البيت ويجمع على كوى بالكسر وقد تضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول وفي الصحاح ان الجمع عند ويقصر (بلا رضاء ذي العلو ولا لذي العلو ان يبني عليه) او يضع جذعا لم يكن قبل او يحدث كنيفا بلا رضاء ذي سفل عند الامام لكونه من اسباب الضرر فيمنعه القاضي (وعندهما

... لا ضرر فيه بلا رضاه

لكل منهما ... (وقيل قولهما تفسير لقوله) اى لقول الامام (الاول) اذ هو تصرف فى ملكه فلا خلاف بينهم وقيل لا بل الاصح انه يمنع ما فيه ضرر ظاهر اذ ما لا ضرر فيه فلا خلاف فيه وما فيه ضرر ظاهر فهو فى محل وقوع الشك فلا شك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار او السقف فعندهما لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو يقتضى الاطلاق والاصل عنده الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير والاطلاق بعارضة الرضى فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه ولذا لا يملك صاحب السفل ان يهدم كالجدار والسقف فكذا نقضه وقول الامام قياس وهل يمنع صاحب العلو من التصرف فى العلو اختلاف المشايخ على قول الامام قال صدر الشهيد المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لا لا يملك واذا علم انه لا يضر يملك وفى البحر او انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدى ولصاحب العلو ان يبنى ان شاء ويبنى عليه علوه ثم يرجع ويمنعه من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا (وليس لاهل زايغة) اى سكة (مستطيلة) صفة لزايغة اى طويلة (تتشعب) اى تتفرع (منها) اى من الزايغة المستطيلة (مستطيلة غير نافذة) الى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزايغة المستطيلة (فتح باب) فى حائط دارهم (فى) السكة (المتشعبة) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة المتشعبة لانها ملك لها باجزائها فمن اراد من اهل السكة الاولى فتح باب فقد اراد ان يتخذ طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من قبل القاضى الا ان يكون صغيرا للريح او الضوء فلا يمنع (وفى النافذة) (والمستديرة التى لزق طرفاها) يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة والسكة غير نافذة (لهم) اى لاهل السكة الاولى (ذلك) اى فتح باب فى المتشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهم من جملتهم واما المستديرة التى تصل طرفاها بها فلانها سكة واحدة من اولها الى آخرها فكان الصحن مشتركا بين جميع اهل السكة حتى لو بيعت دار فى المستديرة تكون الشفعة لجميع اهل السكة قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل اما اذا كانت اكثر من ذلك لا يفتح اهل الاولى بابا فيها لكونها سكة على حدة (ومن ادعى هبة فى وقت) يعنى اذا ادعى رجل شيئا فى يد رجل انه وهبه له وسلمه اليه فى وقت كذا (فسئل بينة) اى فسأله القاضى بينة لانكار المدعى عليه (فقال)

الحق (يجحدني) المدعى عليه (الهبة فاشتريته منه اولم يقل) المدعى
(ذلك) اى جحدني الهبة (فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل) برهانه
في الفصلين لان المدعى في الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (ولو) برهن على
الشراء (قبله) اى قبل وقت الهبة (لا يقبل) برهانه كما لو ادعى اولا انها
اى الدار مثلا وقف عليه ثم ادعاها لنفسه او ادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه فانه
لا تقبل بخلاف ما لو ادعى الملك اولا ثم ادعى الوقف اولغيره فانه يقبل والفرق
ان التوفيق في الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لي
منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع وفي الوجه الثاني لا يمكن
التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب
قبل الهبة فلا تقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة وفي التبيين ولو لم يذكر لهما
تاريخا اوذكر لاحدهما ينبغي ان تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بان يجعل الشراء
متأخرا وفي البحر ان قوله جحدني الهبة اشارة الى انه لا بد من توفيقه (ولو ادعى
ان زيدا اشترى جاريته فانكر زيد وترك هو) اى المدعى (خصومته حل له)
اى للمدعى (وطؤها) اى وطئ الجارية وكان الظاهر ان لا يجوز لاقراره بملك
الغير وجه الجواز ان المشتري لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهته
اذ الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل وبهذه المشابهة
جعل الجحود مجازا عن الفسخ وفي الدرر جحود ما عدا النكاح فسخ فلو جحد انه
تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف البيع (ومن اقر بقبض عشرة)
دراهم من رجل (وادعى انها) اى العشرة (زيوف اونبهرجة يصدق)
مع يمينه لان الدراهم تقع عليهما اطلاقه فشمل ما اذا بين ذلك موصولا
اومفصولا (لا) يصدق (انها ستوقة) لان اسم الدراهم لا تقع عليها
وقال صاحب المنح ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق ان كان البيان منه مفصولا
ويصدق ان كان البيان منه موصولا (ولا) يصدق (ان اقر بقبض الجياد
اوحقه اوالثمن او بالاستيفاء) لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام
ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعوى الزيوف مطلقا سواء كان
موصولا اومفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن اوحقه اواستوفى ثم ادعى
انها كانت زيوفا ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا يصدق
لامكان التأويل فالحاصل انه ان كان موصولا صح في الكل والتفصيل في المفصول
والفرق ان في المسائل الثلاث اقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى
كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له علي الف الا مائة
اما اذا اقر بقبض عشرة جياد فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة فاذا قال

الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة كقوله على مائة درهم ودينار الا دينارا كان باطلا وان كان موصولا كما فى البحر نقلا عن النهاية فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر (والزيف ماردء بيت المال) للقصور فى الجودة الا انه مقبول بين التجار (والنبهرجة ماردء التجار ايضا) اى كما رده بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس (والستوقة ما غلب غشه) اى ظاهرها فضة ووسطها نحاس اورصاص وهو معرب ستويه قيد بدعوى المقر لانه لواقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها زيوف لم يقبل وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب ثم زعم انها زيوف لم يصدق الوارث وفى التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض وبعضه ربوا وبرهن عليه قبل برهانه (ومن قال لمن اقر له بالف ليس لى عليك شئ) اوقال بل هو لك اولفلان (ثم قال) له (فى مجلسه) ذلك (نعم لى عليك الف لايقبل منه بلا حجة) لان الاقرار قد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلابد من الحجة اوتصديق الخصم (بخلاف ما وكذب من قال له اشتريت منى هذا ثم صدقه) فانه يصح لان احد العقدين لاينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا كما فى الهداية لكن اورد يعقوب پاشا فى حاشيته سؤالا وجوابا فى هذا المحل فليطالع (ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك على شئ قط فبرهن) المدعى (عليه به فبرهن هو) اى المدعى عليه (على القضاء او الابراء قبل برهانه) وقال زفر لايقبل لان القضاء يكون بعد الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى كما يقبل برهانه لو ادعى القصاص على آخر فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على ما ادعاه من القصاص ثم برهن المدعى عليه على العفو او الصلح عن القصاص على مال وكذا فى دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر فاقام المدعى بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه واقام بينة تقبل (وان زاد على انكاره لا اعرفك) اولا رأيتك اولا جرى بينى وبينك معاملة او مخالطة اوما اجتمعت معك فى مكان (فلا) يقبل برهانه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لايكون بين اثنين معاملة من غير معرفة وقال القدورى يقبل لامكان التوفيق لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولايعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق وفرع عليه فى النهاية بان المدعى عليه لو كان ممن يتولى الاعمال بنفسه لايقبل لكن فى الاصلاح كلام

يكن جوابه تمنع (ولو ادعى على آخر بيع امته منه واراد ردها) اى رد الامة (بعيب فانكر) الآخر البيع (فبرهن المدعى على البيع منه و) برهن (المنكر على البراءة من كل عيب لايسمع برهان المنكر) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد وقد انكره وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انها تقبل لامكان التوفيق بان باعها وكيله وابراه من العيب وفى البحر تفصيل فليطالع وفى التنوير اقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح (وذكر ان شاء الله فى آخر صك) اى من كتب صك الشرى مثلا وذكر فى آخره ما ادرك فلانا من درك فعلى خلاصه ان شاء الله قال وذكر ان شاء الله ولم يقل وكتب لان الكتب المجرد ليس كالذكر فى الحكم او كتب ذكر اقرار على نفسه وذكر فى آخره من قام بهذا الذكر فهو ولى مافيه ان شاء الله (يبطل كله) اى كل الصك عند الامام قياسا لان الكل كشئ واحد فالاستثناء ينصرف الى الجميع بحكم العطف فى اثنائه اما لو ترك فرجة فقالوا لايلتحق به ويصير كما فصل السكوت (وعندهما يبطل آخره) اى ما يليه (فقط وهو استحسان لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه اذ الصك للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وفى البحر والحاصل ان الشرط اذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فانه للكل واما الاستثناء بالا فالى الاخير

(فصل)

فى القضاء بالمواريث ذكر هنا مسئلتين تتعلقان باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر (مات نصرانى فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولى استحقاق الميراث (وقال وارثه بل) اسلمت (قبله) اى قبل موته ولا ميراث لك (فالقول له) اى للوارث لا قولها بغير بينة وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث يضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة والظاهر لا يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته) النصرانية (اسلمت قبل موته) ولى استحقاق الميراث (وقال الوارث بل اسلمت (بعده) وليس لك الميراث يعنى يكون القول للوارث ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى تحتاج اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما فى الهداية والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا ما يوجب استحقاقا كما فى الفتح (وان قال المودع) بفتح الدال

(هذا ابن مودعى) بكسر الدال (الميت لا وارث له) اى للمودع (غيره) اى غير هذا الابن قيده به لانه لو قال له وارث غيره ولا ادرى امات ام لا لا يدفع اليه شئ حتى يقيم المدعى بينة بقوله لا نعلم له وارثا غيره دفع (الوديعة اليه) اى الى الابن لان مافى يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن لانه وارث على كل حال وقيد بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه او وكيله او المشترى منه فانه لا يدفعها اليه كما فى البحر (وان قال) المودع (لآخر) بعد اقراره للاول (هذا ابنه ايضا وكذبه الاول) وقال ليس له ابن غيرى (قضى للاول) لا للثانى لانه لما صح اقراره الاول لكونه خاليا عن الكذب انقطع يد المقر عن الوديعة فلا عبرة لاقراره الثانى لكونه اقرارا على الغير ولم يذكر ضمان المودع للثانى فى الغاية انه لا يغرم للابن الثانى شيئا باقراره له وفى النهاية فان قيل ينبغى ان يضمن المودع هنا للمقر له الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم اقر بان القاضى المعزول سلمه فانه يضمن للقاضى قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير رضى القاضى وهذا هو الصواب كما فى الفتح (ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا) اى الشهود (فيها) اى فى هذه الشهادة (لا نعرف له وارثا آخر او غريما آخر لا يؤخذ منهم) اى من الورثة او الغرماء (كفيل وهو) اى اخذ الكفيل من قبل القاضى كما فعله البعض (احتياط ظلم) اى ميل عن سواء الطريق وهذا يكشف عن مذهبه اى المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض وفى الغاية اى دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه يبرأ عن مذهب الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وتمامه فى البحر فليطالع (وعندهما يؤخذ) لان فى التكفيل نظرا للغائب على تقدير وجوده وللامام ان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعا له اطلقه فشمل ما اذا ثبت الدين والارث بالبينة او بالاقرار والخلاف فى الاول ولا خلاف فى اخذ الكفيل فى الثانى وهى واردة على اطلاقه وشمل ما اذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقا وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقا (ومن ادعى) على آخر (عقارا ارثاله) اى لنفسه (ولاخيه الغائب وبرهن المدعى عليه) اى على ما ادعاه (دفع اليه) اى الى المدعى (نصفه) اى نصف ما ادعاه مشاعا غير مقسوم (وترك باقيه) اى ترك نصفه الباقى وهو نصيب الغائب (مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه) اى من ذى اليد (ولو)

كان ذو اليد (جاحدا) دعواه عند الامام هذا ظاهر في صورة الاقرار وايضا في صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئا في يد انسان ولم يعلم لمن هو لا يأخذه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده ويصير جحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائنا به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد الغير يد امانة فابقاؤه الاولى للحفظ اولى (وقالا) ان لم يكن جاحدا فكذا (وان كان جاحدا اخذ) اي اخذ الملتقى (النصف الآخر منه) اي من ذي اليد (ووضع عند امين) حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده فلا نظر في تركه (وفي المنقول يؤخذ منه) اي من ذي اليد (اتفاقا) اي اذا كانت الدعوى في المنقول فقيل يؤخذ منه ويوضع عند عدل الى حضور صاحبه اتفاقا في الاصح لامكان كتمان المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه ولذلك ملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع العقار (وقيل) هذا (على الخلاف) يعني عند الامام يترك نصفه الباقي مع ذي اليد ولا يستوثق منه بكفيل وعندهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق في جحوده واجمعوا على انه لا يؤخذ لو مقرا كما في البحر (واذا حضر الغائب دفع اليه) اي الى الغائب (نصيبه بدون اعادة البينة) لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث منه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا او عينا فيقوم مقام جميع الورثة في ذلك كما في التبيين وفي البحر ولم يذكر فيه اختلافا وذكره في الفصولين وصحح انه لا يحتاج وكذا ينتصب احدهم فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان في دعوى عين فلا بد من كونها في يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض في يده نفذ بقدره وظاهر ما في الهداية والنهاية انه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين ايضا وصرح في الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو انتهى (ومن اوصى بثلث ماله فهو) اي الثلث (يقع على كل ماله) لانها اخت الميراث والميراث يجري في الكل وكذا هي (ولو قال مالي او ما املك صدقة فهو) يقع (على مال الزكاة) كالنقدين ومال السوائم واموال التجارات بلغ النصاب اولا وسواء كان عليه دين مستغرق لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها هنا عندنا وهو استحسان والقياس استواؤهما وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله تعالى اصله اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذي فيه الزكاة لا الى كل المال وكذا يصرف ايجاب العبد اليه

بخلاف الوصية لانها تعتبر بالميراث فيجري في جميع الاموال (وتدخل فيه) اي في النذر (ارض العشر عند ابي يوسف) لكون مصرفها مصارف الزكوة (خلافا لمحمد) فانه قال لاتدخل ارض العشر لمافيها من معنى المؤنة وكذا وجب العشر في ارض الصبي والمكاتب والاوقاف وضم الامام اليه في النهاية ولاتدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة (فان لم يكن له) اي لهذا الشخص (مال غيره) اي غير مادخل تحت الايجاب (امسك منه) اي من ذلك المال قدر (قوته) اي قوت نفسه وعياله لاحتياجه اليه (فاذا اصاب) بعد ذلك (مالا تصدق بمثل ماامسك) ليكون مؤديا مااوجبه ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال قيد بالمال والملك من غير تعيين شيء للاحتراز عما اذا قال الف درهم من مالي صدقة وهو لايملك الامائة لايلزمه الا بقدر مايملك وان لم يكن له شيء لايجب عليه شيء كما في البحر (ومن اوصى اليه ولم يعلم) الوصي بالايصاء (فهو وصي) حتى لو باع شيئا من التركة بعد موت الموصي قبل علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لايصح بلا اعلام (بخلاف التوكيل) اي لايصح بدون علم الوكيل بذلك واذا لو باع شيئا من متاع الموكل لايجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصي فلايتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه فلايصح من تثبت له الولاية (وقبل في الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان كان) ذلك الفرد (فاسقا) اي لايشترط لصحة التوكيل خبر عدل بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلا اوفاسقا اوعبدا اوصغيرا مميزا وليس فيها الزام كسائر المعاملات لان الوكيل ان شاء يستوفي (لا) يقبل (في العزل منه) والظاهر ان الضمير راجع الى التوكيل لكن لامعنى له بل الاولى ان يترك قوله منه واكتفى في العزل اي لايقبل في عزل الوكيل بدين (الاخبر عدل) اي لايقبل خبر فاسقين وفيه اشعار بانه لايشترط لفظ الشهادة (اومستورين) وظاهر قوله انه لايقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين اقوى من تأثير خبر العدل بدليل انه لوقضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ كما في البحر وهذا عند الامام (وعندهما هو) اي العزل (كالاول) اي التوكيل في انه يقبل في الاخبار بالعزل خبر فرد ولوكان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند الائمة الثلاثة شرط في العزل والنصب عدلان (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (باخبار السيد بجناية عبده) يعني لو اخبره فاسق

المسيداب عند ه وحيى خطأ فباع او اعتق لا يصير مختارا للفداء عنده وعندهما يصير (والشفيع بالبيع) يعني الشفيع اذا سكت بعد ما اخبره فاسق بالبيع لا يكون تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون (والبكر) البالغ (بالتزويج) يعني اذا اخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت لا تصير راضية بالنكاح عنده خلافا لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرائع) متعلق بالخبار مقدر اي من اسلم في دار الحرب فاخبر بالشرائع فاسق لا يواخذ عنده خلافا لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلا يتوقف على احد وصفي الشهادة وله ان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبي وان وجد العدد او العدالة هذا مقيد بان يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة او اخبر الشفيع المشتري بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابي لكن في البحر تفصيل فليطالع (ولو باع القاضي او امينه عبدا) رجل (للغرماء) اي لاجل ديونهم (واخذ المال) اي اخذ القاضي او امينه الثمن (فضاع) عند القاضي او امينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشتري (لا يضمن) القاضي ولا امينه الثمن للمشتري لان القاضي او امينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين وفي البحر ان امين القاضي هو من يقول له القاضي جعلتك امينا في بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة (ويرجع المشتري على الغرماء) لان البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا او عبدا محجورا عليه (ولو باعه) اي العبد (الوصي لاجلهم) اي لاجل الغرماء (بامر القاضي) له بالبيع وقبض ثمنه (ثم استحق) العبد (او مات قبل قبضه) اي قبض المشتري من (الوصي وضاع المال) اي ثمن العبد (رجع المشتري) بالثمن (على الوصي) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصي الذي نصبه القاضي لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) اي الوصي يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل عملا لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل وفي البحر والتقييد بامر القاضي اتفاقي وليعلم حكمه بغير امره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيري وامر القاضي وعدم امره سواء وفي التنوير اخرج القاضي الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة (ولو قال لك قاض عدل

مالم قضيت على هذا بالرجم اوالقطع اوالضرب فافعله و سعك فعله) ولايلام عليه عند الله تعالى * لان طاعة اولى الامر واجبة وتصديقه طاعة له وقول مثل هذا القاضي حجة وقال محمد آخرا وهو مذهب مالك والشافعي لايقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضي يحتمل الغلط والتدارك لايمكن وكثير من مشايخنا اخذوابه وفي عيون المذاهب وبه يفتى لفساد اكثر قضاة زماننا وفي البحر تفصيل فليراجع (وكذا) وسعك فعله (في) القاضي (العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره) اى لوقال قاض جاهل عادل يلزم ان نسأله عن سببه فاحسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع بان قال مثلا استقصيت المقربه كما هو المعروف وحكمت عليه بالرجم يسع لك فعل ماامر به (والا) اى وان لم يحسن تفسيره (فلا) يسع لك فعل ماامربه لخطائه بسبب الجهل (ولايعمل بقول غير العدل مطلقا) سواء كان عالما اوجاهلا لتهمة الخيانة بفسقه (مالم يعاين سبب الحكم) اى يعاين سببا شرعيا للحكم فحينئذ يعمل بقوله لانتفاء التهمة (ولوقال قاض عزل لشخص اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها) اى بتلك الالف (عليك اوقال قضيت بقطع يدك في حق فقال) ذلك الشخص (بل اخذتها) اى تلك الالف (اوقطعت يدي (ظلما) متعلق باخذت وقطعت على التنازع (واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) اى الاخذ اوالقطع (حال ولايته) اى ولاية القاضي (صدق القاضي ولايمين عليه) لان المدعى اقر بكون الاخذ في حال قضائه فكانه رضي بشهادة الظاهر هوان القاضي لايظلم في قضائه لكونه امينا فيما فوض اليه ويقبل قوله بلا يمين لانه اولزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لاينفذ فيعطل امور الناس وفي القهستاني وقبل وجوبا قول قاض عدل قضيت انابهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع الى انه لم يقبل وبه اخذ اكثر المشايخ كما مر آنفا واستفيد من قوله قضيت انابهذا العقار لزيد ان المقضى اوالمقضى عليه معلومان والا لايقبل للتهمة لان القضاة في زماننا غير معتمد كما في اكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضي الى القاضي في شئ ما كما في الكرماني (ولو قال) ذلك الشخص القاضي (فعلته قبل ولايتك اوبعد عزلك وادعى القاضي فعله في) زمان (ولايته فالقول له) اى للقاضي (ايضا هو الصحيح) لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له كما لوقال طلقت واعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا وقوله هو الصحيح

استحقاق عما قال السرخسي ان ألزم المدعى ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث يضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق في الاصح لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال (والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن) القاطع او الآخذ (هنا) اى فيما قال المدعي فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك (لا) يضمن (في الاول) اى فيما اعترف للمدعي بكون ذلك حال ولايته اى اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لم يضمن لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو اقر واحد منهما في الفصل الثاني بما اقر به القاضي يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق وفي التنوير صب شخص دهنا لانسان عند الشهود فقال الصاب كانت الدهن نجسة وانكره المالك فالقول للصاب ولو قتل شخص رجلا وقال قتلته لردته او لقتله لمن لي قوله

(كتاب الشهادات)

اخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو المقصود وشروطها كثيرة تأتي في اثناء المسائل حتى قال صاحب البحر ان شرائطها احد وعشرون وشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة ومنها سبعة شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذي الحق اوخوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد عليه بلا طلب انتهى هذا ليس بمسلم لانه لا يجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان دعاه وجب عليه والا فلا يجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضي ولم يجد شاهدا يتم به مدعاه وذلك الشاهد حاضر يجب ان يشهد فهذا فيه طلب حكمي لان المدعي بما ادعى عند الحاكم الا وهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره القدسي ومحاسنها كثيرة منها امتثال الامر في قوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط وركنها استعمال لفظ الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما ثبت انها وفي المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع والشهادة في اللغة خبر قاطع وقد شهد كعلم وكرم وقد تسكن هاؤه وشهده

كسمعه شهودا حضره فهو شاهد وقوم شهود اى حضور وشهد له بكذا شهادة اي ادى ما عنده فهو شاهد والجمع شهد وتمامه فى البحر فليطالع وفى التبيين هى اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا فى اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الشهادة التى تنبئ عن المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب انتهى وهو خلاف الظاهر وانماهو معناها الشرعى ايضا كما فى البحر وعن هذا قال (هى) اى الشهادة (اخبار) شرعى (بحق) اى مال اوغيره (للغير) اى حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج عنه الانكار فانه اخبار به لنفسه فى يده وكذا دعوى الاصيل فانه اخبار لنفسه فى يد غيره وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما فى القهستانى (على الغير) يخرج الاقرار اذهو اخبار على نفسه وتدخل فيه الشهادة بالزنا والبيع ونحوهما (عن مشاهدة لا عن ظن) واليه الاشارة المصطفوية حيث قال اذارأيت مثل الشمس فاشهد والافدع وفى العناية وفى اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وبعده يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات انتهى ورد عليه قول القائل فى مجلس القاضي اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات والاولى ان يزاد لاثبات حق كما فى الفتح (ومن تعين لتحملها) اى الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل للشهادة (لا يسعه ان يمتنع منه) اى من التحمل اذا طلب لان فى الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير (ويفترض اداؤها) اى اداء الشهادة (بعد التحمل اذا طلبت الشهادة (منه) اى من الشاهد لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن النهى عن الشئ يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة التى وقع بها الفعل وهو القلب لما عرف ان اسناد الفعل الى محله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعينى آكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان بعيدا بحيث لا يمكن ان يجئ الى القاضي ويرجع بعده فى يومه هذا الى منزله لا يأثم بتركها ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشى يجوز له الركوب على مركب

المدعى والاعلا وفي البحر لو شهد عند الشاهد عدلان ان المدعى قبض دينه او ان الزوج طلقها ثلاثا او ان المشترى اعتق العبد او ان الولى عفى عن القاتل لا يسعه ان يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل (الا ان يقوم الحق بغيره) بان يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق فح لا يفترض لان الحق لا يضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية وفي الدرر ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام اواخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة (وسترها) اى ستر الشهادة (في الحدود افضل) من ادائها يعنى انه يخير بين ان يظهرها لما فيه من ازالة الفساد او تقليله وبين ان يسترها وهو احسن لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وفي الحديث من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقد صح ان النبي عليه السلام لقن المقر بالزنا ادرء الحد عنه واشتهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين واما قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فذلك في حقوق العباد وفي البحر تفصيل فليطالع (ويقول) الشاهد (في) شهادة (السرقة) اشهد انه (اخذ) ماله لئلا يلزم ترك الواجب (لا سرق) للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان لا يجتمعان فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة وحكى ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف فادعى رجل على آخر انه اخذ ماله من بيته فاقر بالاخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعى انه سرق فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع ولا يقبل اقراره بعد ما يسقط الضمان عنه فتعجبوا منه (وشرط للزنا اربعة رجال) من الشهود لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة كما في البحر واورد انكم لا تقولون بالمفهوم فمن اين لكم عدم جواز الاول فاجاب الزيلعى انه بالاجماع واورد المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا شهيدين الآية واجاب في الفتح بانها مجملة وتلك مانعة والمانع مقدم وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة تحقق معنى الستر (و) شرط

(القصاص وبقية الحدود) وكذا الاسلام كما ذكر ورده مسلم كما في التنوير (رجلان) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام شهادتهم والحاصل ان الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات (و) شرطت (للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة لقوله عليه السلام شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع وهو قول عطاء بناء على ان كل امرأتين مقام رجل واحد وعلى مالك في اشتراط امرأتين وهو قول الثوري لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقي العدد معتبرا وفيه اشارة الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر اما اذا شهد بالولادة فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما في المبسوط هذا اذا تأيد الشهادة بالاصل لانها لو قالت هي بكر يأجل القاضي في العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل هو البكارة ولو قالت هي ثيب لا تقبل لانها تجردت عن المؤيد وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع كما في الهداية فان قلت لو ثبت العيب بقولهن لا يحلف البائع بل ترد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب وثبوت العيب انما هو مثبت للرد لا للتحليف قلت معناه العيب يثبت بقولهن في حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشتري ولاية التحليف (وكذا) شرط شهادة امرأة واحدة (لاستهلال المولود في حق الصلوة) عليه بالاجماع لانها من امور الدين (لا في) حق (الارث) عند الامام لانه مما يطلع عليه الرجال (وعندهما في حق الارث ايضا) اي كما تقبل شهادتها له في حق الصلوة لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي واحمد وهو ارجح كما في الفتح (و) شرط (لغير ذلك) المذكور من الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان مالا كان) الحق (او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية) والرجعة والاستهلال في الارث والعتاق والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن قبلت

فى الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليهن وبه قال مالك واحمد فى رواية وله ماروى ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة والاصل قبول شهادتهن لوجود ماتبتنى اهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء ومايعرض لهن من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لاتقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وانما لاتقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما فى الهداية وغيرها وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل وقصور الولاية والجواب عن الاول انه لانقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس هو مناط التكاليف وانما هو العقل بالملكة وهو فيهن غير ناقص بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالنسبة اليه فان قلت فلو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الاركان وليس كذلك وقوله عليه السلام هن ناقصات العقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا فتأمل انتهى (وشرط للكل الحرية) فلاتقبل شهادة العبد (والاسلام) فلاتقبل شهادة الكافر على المسلم وماقى الفتح من ان الذمى اهل للشهادة فى الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على مثله (والعدالة) وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهى الانزجار عما يعتقده حراما فى دينه وهذا بداية اول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر وعن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها ذا مروءة تقبل شهادته والاول اصح الا ان القاضى لوقضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافا للشافعى ولنا ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لاشرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للقضاء والشهادة الاان عثمان الخليفة من القضاة بشهادة الفاسق فيصح لاينفذ القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (لفظ الشهادة) اى لفظ اشهد فى جميع ماتقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد (ولاتصح) الشهادة (لوقال اعلم او اتيقن)

مكان اشهد مخالفا للمنطوق به الكتاب واعلم ان كل موضع لايشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لايكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل الاخبار (ولايسئل قاض عن شاهد) كيف هو (بلا طعن الخصم) عند الامام عملا بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف فان طعن الخصم يسئل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية (الا فى حد وقود) فانه يسئل القاضى بالسر ويزكى فى العلانية فيهما طعن الخصم اولا بالاجماع لانه يحتال لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما (وعندهما يسئل فى سائر الحقوق سرا وعلنا) وان لم يطعن الخصم لان مبناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان عصره مشهود بالخير لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مسكوت عنه لكونه قرنا رابعا اذ نشأ فيه الكذب لتغير احوال الناس (وبه) اى بقول الامامين (يفتى فى زماننا) لان الفساد فى هذا العصر اكثر كما فى اكثر المعتبرات ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ولذا قال فى البحر نقلا عن الملتقط القاضى اذا عرف الشهود بجرح اوعدالة لايسئل عنهم (ويجزئ الا تفاء بالسر) فى زماننا تحرزا عن الفتنة والتزكية فى السر ان يبعث القاضى امينا الى المعدل العدل ويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده فيسئل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم بالعدالة يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب الله اعلم اولايكتب شيئا احترازا عن كشف السر واذا لم يعرفهم بالعدالة اوبالفسق يكتب هو مستور ويرده الى القاضى سرا كيلا يظهر فيخدع والتزكية فى العلانية ان يجمع القاضى بين المعدل والشاهد فى مجلسه لتنتفى شبهة تعديل غيره (ويكفى للتزكية) ان يقال (هو عدل فى الاصح لان من نشأ فى دار الاسلام فى زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لايسئل القاضى عن حرية الشاهد واسلامه مالم ينازعه الخصم (وقيل لابد من قوله عدل جائز الشهادة) لان العبد او المحدود فى قذف اذا تاب قد يكون عدلا مع انه لاتجوز شهادة كل واحد منهما (ولايصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ) فى شهادته (اونسى) كيفية الوقعة هكذا قال الامام يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لايصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلايتأتى ذلك لانه لايرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لايراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وعنهما انه تجوز تزكيته وهو قول الائمة الثلاثة لكن عند محمد لابد من ضم آخر اليه

لانه لا يجوز تعديل الواحد عنده ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح واطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع اليه في التعديل لانه اذا كان ممن يرجع اليه في التعديل صح قوله كما صرح به في البزازية فعلى هذا لو قيد كما قيد صاحب المنح لكان اولى (فان قال) الخصم (هو عدل صدق) اي عادل صادق (ثبت الحق) اي حق المدعي لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطاء فلا يلزم من كونهم عدلا ان يكون كلامهم صوابا كما في الدرر لكن في البحر نقلا عن الصدر الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به علي وبقوله هم عدول فيما شهدوا به علي (ويكفي الواحد للتزكية السر والترجمة والرسالة الى المزكي) يعني يصلح الواحد لان يكون مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضي الى المزكي عند الشيخين لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف اذا تاب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية (والاثنان احوط) لان فيه زيادة طمانينة (وعند محمد لابد من الاثنين) وهو قول الائمة الثلاثة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة ومحل الاختلاف ما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضي فيجوز اجماعا هذا في تزكية السر اما في تزكية العلانية يشترط جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا يختص بمجلس القاضي وعن هذا قال (وتشترط الحرية في تزكية العلانية دون السر) وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف ويشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور عند محمد كما في الهداية

(فصل)

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ما ثبت بنفسه بلا اشهاد والثاني ما لا يثبت بنفسه بل يحتاج الى الاشهاد فشرع في الاول وقال (يشهد بكل ما سمعه) من المسموعات (او رآه) من المبصرات (كالبيع والاقرار وحكم الحاكم) مثال ما كان من المسموعات كما في الفرائد لكن يمكن ان يكون مثالا لهما كما في البحر (والغصب والقتل) مثال ما كان من المبصرات (وان) وصلية (لم يشهد) من الافعال مبني للمفعول (عليه) اي على

عاقد ابن حبيب ... فكل واحد منهما ثابت الحكم بنفسه (ويقول اشهد)
انه باع واقر لانه عاين السبب فوجبت عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان
البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطي فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال
وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى
وليس ببيع حقيقي كما في التبيين لكن في البزازية ولو شهدوا بالبيع جاز ولا بد
من بيان الثمن في الشهادة على الشراء لان الشراء بثمن مجهول لا يصح (لا)
يقول (اشهدني) فيما لا اشهاد فيه لانه غير واقع فيكون كذبا وفي التبيين
ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه
النغمة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيها غيره ثم جلس
على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به
العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له ان لا يقبله وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء
الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال
الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء حجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة
بنت فلان بن فلان لا يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى
شخصها حال ما اقرت فح يجوز ان يشهد على اقرارها برؤية شخصها لا رؤية
وجهها قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة
بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجي مهري فان الشهود لا يحتاجون الى شهادة
عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية اذ يمكن للشاهد ان يشير
اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان
بن فلان كما في الدرر ثم شرع في النوع الثاني فقال (ولا يشهد على شهادة
غيره اذا سمع اداءها) اي لا يشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء
سمع مجلس القاضي او غيره لان هذه الشهادة غير ثابت الحكم بنفسه بل بالقاضي
فيستلزم التحميل مع انه لم يحمله حيث لم يشهد عليه (او اشهاد الغير عليها)
اي لا يشهد على شهادة شاهد من سمع اشهاده على الشهادة (ما لم يشهد هو)
اي شاهد الاصل (عليها) اي على الشهادة توضيحه قال شاهد لشخص اشهد
منى ان فلانا اقر عندي بكذا فسمع آخر هذا القول لا يجوز للسامع ان يشهد
لان كلا من الشهادة والاشهاد غير ثابت الحكم بنفسه بل بالنقل الى مجلس
القضاء وذا يستلزم التحميل والانابة وهو لم يوجد لانه ما حمله بالاشهاد واما لو
سمع قبل ان سمع عند القاضي ان الشاهد يشهد بشهادة حل للسامع ان يشهد
غيره (ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بخطه ما لم يتذكر) اي لا يحل للشاهد
اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا

بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها اى حكم بتلك
الشهادة ولا ان يمضى تلك القضية ولا الراوى اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط
غيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروى حتى يتذكر الشهادة
او القضية او الرواية قبل هذا عند الامام لان الشهادة والقضاء والرواية لا تحل
الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (وعندهما يجوز) كل من الشهادة
والقضاء والرواية (ان كان الخط محفوظا فى يده) وان لم يتذكر الحادثة لوقوع
الامن حينئذ من الزيادة والنقصان فيكون الخلاف حينئذ فيما اذا كان محفوظا
فى يده فعنده لا يجوز سواء كان الخط محفوظا فى يده اولا وعندهما يجوز ان كان
محفوظا فى يده والا فلا وقال بعضهم الخلاف مطلق فعند الامام لا يجوز
مطلقا وعندهما يجوز مطلقا لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب
لكن فى البحر وغيره وجوز محمد فى الكل وجوزه ابو يوسف للراوى والقاضى
دون الشاهد قال شمس الائمة الحلوانى ينبغى ان يفتى بقول محمد وجزم
فى البزازية بانه يفتى بقول محمد وفى السراج وما قاله ابو يوسف هو المعول عليه
وفى المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هذا ينبغى للمصنف التفصيل (ولا يشهد)
احد (بما لم يعاينه) بالاجماع لما رويناه آنفا (الا النسب) بان فلانا بن فلان
او اخوه (والموت) بان فلانا قد مات (والنكاح) بان فلانا تزوج فلانة (والدخول)
بان فلانا تزوج فلانة ودخل بها (وولاية القاضى) بان فلانا قد تولى القضاء
من جهة فلان الامام (واصل الوقف) بان فلانا وقف هذه الضيعة مثلا
هذا اذا لم يستند الى الملك كما قررناه فى آخر الوقف والقياس ان لا تجوز الشهادة
بالتسامع فى المسائل المذكورة ايضا ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص
لمعاينة اصحابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الاحكام فلو لم تقبل الشهادة
فيها بالتسامع لتعطلت احكامها بخلاف البيع ونحوه قوله اصل الوقف
احتراز عن شرائطه لما فى البزازية وفى الوقف انها تقبل بالتسامع على اصله
لا على شرائطه وهو الصحيح وكل ما تعلق بصحة الوقف وتوقف عليه فهو
من اصله وما لا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط وفى الفصول العمادية
المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف وفى المجتبى المختار
ان تقبل كما بيناه فى آخر الوقف وظاهر التقييد بما ذكر من الاشياء الستة يدل
على عدم قبولها به فى غيرها من الولاء والعتق واختلف فى نقل الاختلاف
فى العتق فنقل السرخسى عدم قبولها فيه اجماعا ونقل الحلوانى انه على
الاختلاف المنقول فى الولاء فعن ابى يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر
وظاهر التقييد انه لا تقبل فيه ولكن فى البزازية والظهيرية والخزانة ان فيه

روايتين والاصح الجواز وتمامه في البحر فليطالع (اذا اخبره بها) اي قوله ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره (من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين) لانه اقل نصاب يفيد نوع العلم الذي ينبني عليه الحكم في المعاملات قوله اذا اخبره يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل واما الذي يشهد عند القاضي فلا بد له من لفظها اوشرطت في العناية لفظة الشهادة على ما قالوا والاكتفاء باخبار رجلين او رجل وامرأتين قولهما اما على قول الامام فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر (وفي الموت يكفي العدل ولو) كانت (انثى هو المختار) كما في الفتح وغيره لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد عدل او واحدة عدلة وفي التبيين انه لا بد من خبر عدلين في الكل الا في الموت وصحح في الظهيرية ان الموت كغيره وانما تشترط العدالة في المخبر في غير المتواتر ما في المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة وفي البحر وغيره وفي الموت مسئلة عجيبة هي اذا لم يعاين الموت الا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدل مثله واذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما (ويشهد من رأى جالسا بمجلس القضاء) حال كون الجالس (يدخل عليه الخصوم انه قاض) اي يحل ان يشهد الرائي على ان ذلك الجالس قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة له (و) يشهد (من رأى رجلا وامرأة يسكنان معا) في بيت (وبينهما انبساط الازواج انها زوجته) اي حل له ان يشهد بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالرؤية لكن ذكر غيره انه لا بد من الاخبار بانها زوجته كما في التبيين (و) يشهد (من رأى شيئا سوى الادمي في يد متصرف) عرف بوجهه واسمه ونسبه (فيه تصرف الملاك انه) اي ذلك الشيء (له) اي المتصرف (ان وقع في قلبه) اي قلب الرائي (ذلك) اي كونه له وان لم يعاين اسباب الملك لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفي بها وفي البحر قوله ان وقع في قلبه ذلك رواية عن ابي يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وفي الفتح قال الصدر الشهيد وبه نأخذ فهو قولهم جميعا انتهى ومن ثمه قيده بوقوعه في القلب فلو رأى درة في يد كناس او كتابا في يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده كما في البزازية (والادمي) اي لو رأى شيئا وهو آدمي (ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن نفسه) اي لا يكون مميزا (فكذلك) يعني يحل للرائي في يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذي اليد لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وكذلك الصغير الذي لا يعبر عن

حق نفسه لابد ان يثبت بالدليل عاينه حقيقة فصار كالنائح وان كان كبيرا اوصغيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لايحل للرائى ان يشهد بالملك لذى اليد لان لهما يدا على نفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وانه يشهد بالملك لذى اليد بشرط ان لايخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما فى الخلاصة وفى البحر ان القاضى اذا رأى عينا فى يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك له كما فى البزازية وغيرها وبه ظهر ان قول الزيلعى فى تقرير ان الشاهد اذا فسر للقاضى انه عن سماع اومعاينة يد لم يقبله لان القاضى لايجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه فى يد انسان سهو انتهى وفيه كلام لان مراد الزيلعى ان القاضى لايقضى به قضاء محكما مبرما بحيث لوادعى الخصم لايقبل منه بدليل انه صرح قبيل هذا بانه يقضى به قضاء ترك بمعنى انه يترك فى يد ذى اليد مادام خصمه لاحجة له كما ذكره المقدسى تدبر (ولو فسر) الشاهد (للقاضى انه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز فيه ان يشهد بالتسامع بان يقول انى اشهد على هذا بالاستماع (او بمعاينة اليد) بان يقول اشهد به لانى رأيته فى يده (لا يقبلها) اى لايقبل القاضى شهادته الا فى الوقف والموت فتقبل لو فسر للقاضى انه اخبره من يثق به على الاصح قال يعقوب باشا وذكر فى بعض الشروح ان الشهادة فى الوقف تقبل ان فسرها وفى النسب والنكاح ايضا وان فسرها فى الاصح وفى الموت ان كان مشهورا وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين انتهى لكن اذا اسند الى من يوثق به كما فى البحر وفى الزاهدى شهدا فيما يصح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل (ومن شهد انه حضر دفن زيد اوصلى عليه قلت) شهادته بالاتفاق (وهو) اى حضور دفن زيد اوصلوته عليه (عيان) للموت حكما حتى لوفسر للقاضى قبل لانه لم يشهد الا بعلم فوجب قبولها

(باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل)

لما فرغ من بيان ماتسمع فيه الشهادة ومالاتسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لاتسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط كما فى العناية لكن المشروط هو الشهادة لامن تسمع منه الشهادة تأمل وفى البحر يقال قبلت القول حملته على الصدق كذا فى المصباح والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لايجب لامن يصح قبولها ومن لايصح لان من جملة ماذكره من لاتقبل الفاسق وهو لوقضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبى

والزوجة والولد والاصل لكن فى خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى اوالمحدود فى القذف اذا تاب اوبشهادة احد الزوجين مع آخر لصاحبه اوبشهادة الوالد لولده اوعكسه حتى لايجوز للثانى ابطاله وان رأى ابطاله انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله انتهى (لاتقبل شهادة الاعمى) عند الطرفين سواء كان فيما يسمع اولا لان الاداء يفتقر الى التميز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولايميز الاعمى الابالنغمة وهى غير معتبرة لشبهها بنغمة اخرى وقال زفر وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجرى فيه التسامع لانه فى السماع كالبصير وفى البحر واختاره فى الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف انتهى لكن لم يذكر فى الخلاصة انه مختار وانما قال وفى النصاب وشهادة الاعمى لاتجوز الافى النسب والموت وماتجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان ينبغى ان يقول وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره المقدسى (خلافا لابى يوسف) والشافعى فى الدين والعقار (فيما اذا تحملها بصيرا) وانما قيدنا بالدين والعقار لان فى المنقول لاتقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد وكذا فى الحدود لاتقبل اتفاقا قيد بقوله ان تحملها بصيرا لانه ان تحملها اعمى لاتقبل اتفاقا كما فى شرح المجمع وغيره لكن المراد اتفاق غير مالك والافعنده مقبولة قياسا على قبول روايته تدبر وفى الهداية ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند الطرفين لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس اوجن اوفسق بخلاف ما اذا ماتوا اوغابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت وعند ابى يوسف لايمتنع القضاء لانه لااثر فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة (ولا) تقبل (شهادة المملوك) سواء كان قنا اومدبرا اومكاتبا اوام ولد اومعتق البعض (والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولاولاية لهما (الاان تحملا) اى الشهادة (حال الرق والصغر واديا بعد العتق والبلوغ) لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لاينافيان ذلك وهما اهل عند الاداء واشار الى ان الكافر اذا تحملها على مسلم ثم اسلم فاداها تقبل وكذا الزوج اذا تحملها لامرأته فابانها ثم شهد لها وفى الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد فى تلك الحادثة لاتقبل الافى اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبى وفى النصاب اذا شهد المولى لعبده فردت ثم شهد بعد العتق لاتقبل والمراد من الصغر ان يكون صاحب تمييز لان مطلق الصغر ليس باهل لتحمل الشهادة فعلى هذا لو قال والتميز مكان

الصغر كان الدرر لكان اولى وفيه اباله بقرب باشا من انه لا يجوز للقاضي
ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لا يصح لانه غير مجتهد فيه انتهى كلام
لان صاحب الكافي قال ورد شهادة المملوك والصبي خلافا لمالك وبهما يكون ان
شهادتهما تقع (ولا) تقبل (شهادة المحدود في قذف) اي ابده (وان)
وصلية (تاب) عندنا لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى
الا الذين تابوا استثناء منفصل لان قوله تعالى اولئك هم الفاسقون كلام مبتدأ
ليس من جنس الاول اذ هو اخبار وما قبله امر ونهي فلا يمكن اثبات الشركة
بينهما في المعنى فاذا صار منقطعا عن الاول لا ينصرف الاستثناء المذكور الى
ما قبله وفي البحر والاوجه انه متصل وتمامه في الفتح فليراجع ولان رد شهادته
من تمام حده وفيه اشارة الى ان الشهادة قبل الحد تقبل وفي المبسوط لا يسقط
شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وعن الامام سقوطها بضرب الاكثر وعنه
ايضا سقوطها بضرب واحد وعند الائمة الثلاثة تقبل اذا تاب لقوله تعالى
الا الذين تابوا اذ الاستثناء متى عقب كلمات معطوفات ينصرف الى جميع ما تقدم
ولان الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة لكن رد الشهادة لاجل
انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد
التوبة في الصحيح لانه لو اقامها قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته كما في التبيين وفي
هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة على صدق مقالته لكان اولى تدبر (الا ان حد
كافرا ثم اسلم) فتقبل على الكافر وعلى اهل الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة
شهادة اخرى حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف ما لو
الذا حد ثم عتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة للعبد اصلا في حال رقه
فتوقف الرد على حدوثها فاذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده
(ولا) تقبل (الشهادة لاصله وان) وصلية (علا) سواء كان الاصل صحيحا
او فاسدا (وفرعه وان سفل) لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده
ولا الوالد لولده ولان المنافع بينهما على وجه الاتصال فلا يخلو من تمكن التهمة
ولهذا تقبل على اصله وفرعه الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لا تقبل
اطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعنة لاصوله او فروعه
او لمن وقع نسبه من وجه وتقبل شهادة الوالد من الرضاع له وتجوز شهادة
الرجل لام زوجته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابيه (وعبده) اي ولا تقبل
شهادة المولى لعبده سواء كان للعبد دين او لم يكن لقوله عليه السلام لا تقبل
شهادة المولى لعبده ولانه شهادة من عبد من وجه (ومكاتبه) لكونه عبدا رقبة
(ولا) تقبل (من احد الزوجين للآخر) لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة

الى الزوجها ولا الزوج لامرأته وقال الشافعي تجوز بلا فرق وفي الخانية ان شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها روى ابن شجاع ان القاضي ينفذ شهادته وبه علم ان الزوجية المانع منها وقت القضاء لا وقت الاداء ولا وقت التحمل كما في البحر وفي كلام الخانية اشارة الى ان القاضي لا ينفذ شهادته في العدة لما في القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لا تجوز شهادته لها ولا شهادتها له انتهى فعلى هذا لو قيده بقوله ولو في عدة من ثلاث لكان اولى تدبر (ولا) تقبل شهادة (الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه مدع لنفسه فلو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (ولا) تقبل (شهادة المخنث الذي يفعل الردى) لارتكابه المعصية والمراد من المخنث هو الذي يتشبه بالنساء باختياره في الاقوال والافعال واما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة وفي البحر المخنث بكسر النون وفتحها فان كان الاول فهو بمعنى المتكسر في اعضائه المتلين في كلامه تشبها بالنساء وان كان الثاني فهو الذي يعمل به لواطة (ولا) شهادة (النائحة) في مصيبة غيرها ولو بلا اجر (والمغنية) لارتكابهما الحرام فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قيدنا بمصيبة غيرها لانها لو ناحت في مصيبتها تقبل وكذا المراد بالتغني بين الناس فمجرد التغني لم يسقط العدالة كما في القهستاني (ولا) تقبل شهادة (العدو بسبب دنياه على من عاداه) لان العداوة لاجل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفعته قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها وفي القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافها فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه في البحر فليطالع (ومدمن الشرب على اللهو) سواء شرب الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان يظهر فسقه هذا اذا شرب على اللهو اما اذا شرب للتداوي فلا يسقط العدالة لكون الحرمة مختلفا فيها وفي اكثر المعتبرات قالوا انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه عند الناس لان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كان كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك وخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب فينبغي ان لا يكون المراد من الادمان الادمان في النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد كما في النهاية لانه لا يظهر الشرب منه كما لا يخفى وقيل المراد من مدمن الشرب على اللهو غير شارب الخمر

لان شاربهما مردود الشهادة واوقطرة ولا حاجة لانطال شهادته الى الادمان ولا الى شربها على اللهو وقال الصدر الشهيد ان الخصاف يسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق فى البحر فليطالع (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولانه غالبا ينظر الى العورات فى السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها فى البيوت مباح (او) يلعب (بالطنبور) لكونه من اللهو والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعا بين الناس احترز عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فانه لا يمنع قبولها الا ان يتفاحش بان يرقصون به فيدخل فى حد الكبائر (او يغني للناس) لانه يجمع الناس على الكبيرة كما فى الهداية وظاهره ان الغناء كبيرة وان لم يكن للناس بل لاسماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع والامام السرخسي انما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة وهو الصحيح كما فى اكثر المعتبرات ومنهم من جوزه فى عرس او وليمة ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافى وفصاحة اللسان ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من اباحه مطلقا (او يلعب بالنرد) من غير شرط المقامرة او تفويت الصلوة (او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسببه) اى بسبب الشطرنج لظهور الفسق بترك الصلوة وكذا بالمقامرة اما دونهما لا يمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك والشافعى باباحته وهو مروى عن ابى يوسف واختارها ابن الشحنة اذا كان لاحضار الذهن واختار ابو زيد حله وفى النوازل سئل ابو القاسم عمن ينظر الى لاعبه من غير ان يلعب فقال لا يصير فاسقا وقد سوى بين النرد والشطرنج فى الكنز فقال او يقامر بالنرد والشطرنج وليس كذلك والحاصل ان العدالة انما تسقط اذا وجد واحد من خمسة القمار وفوت الصلوة بسببه واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف النرد فانه مسقط مطلقا كما فى البحر وانما لم يذكر الثلاثة الاخيرة لانها معلومة فلا تساهل فى تركها (او يرتكب ما يوجب الحد) اى يأتى نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وفاديل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كما فى الكافى وفى الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه فى شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه وفى البحر الاعانة على المعاصى والحث عليها كبيرة ولا تقبل شهادة بائع الاكفان وقيد السرخسى ء اذا ترصد لذلك العمل والا تقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون

ولاتقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها اذا غلب عليهم الصلاح ولاتقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف ولاتقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا الا احيانا وكذا الشتام للحيوان ولاتقبل شهادة البخيل والذى اخر الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصلاة والصوم ولاتجوز شهادة تارك الجماعة الا بتأويل ولا تارك الصلاة وكذا تارك الجمعة بغير عذر ولاتقبل شهادة اهل السجن بعضهم على بعض وذكر ابن وهبان لاتقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون وفى البحر فعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته انتهى فينبغى ان لاتقبل فى زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض لانهم متعصبون او يأكل الربوا لانه من الكبائر اى يأخذ القدر الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلابد من الاشتهار كما فى الدرر (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يفعل ما يستخف به كالبول والاكل على الطريق) لانه تارك المروة وكذا كل من يأكل غير السوق فى السوق بين الناس والمراد بالبول على الطريق اذا كان بحيث يراه الناس وكذا غيرهما فى المباحات القادحة فى المروة كصحبة الاراذل والاستخفاف بالناس وافراط المزح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة بلا ضرورة كما فى القهستانى لكن فى البحر الصحيح القبول اذا كانوا عدولا ومثله النخاسون والدلالون (او يظهر سب واحد من السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لايمتنع عن الكذب كما فى الدرر وزاد فى الفتح العلماء ولو قال او يظهر سب مسلم لكان اولى لان العدالة تسقط بسب مسلم بان لم يكن من السلف كما فى النهاية وغيرها قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل كما فى الهداية (وتقبل الشهادة لاخيه وعمه) ولسائر الاقارب غير الولاد (ومحرمه رضاعا ومصاهرة) كام امرأته وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولابسوطة لبعضهم فى مال البعض فلا يتحقق التهمة (و) تقبل (شهادة اهل الاهواء) مطلقا سواء كان على اهل السنة اولا بعضهم على بعض او على الكفرة اذا لم يكن اعتقادهم مؤديا الى الكفر كما فى الذخيرة وهم اهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد اهل السنة فى بعض الامور كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنى عشر فرقة على ما هو المذكور فى الكتب الكلامية وقال الشافعى لاتقبل

شهادة كلها لاشتداد فسقهم ولنا ان فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم
يوقعهم في هذا الهوى الا تدينهم فصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي (الا الخطابية)
هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل
يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم فلا تقبل (و)
تقبل شهادة (الذمي على مثله) اي على ذمي آخر (وان) وصلية (اختلفا ملة)
كاليهود والنصارى لان الكفر ملة واحدة وقال ابن ابي ليلى لا تقبل ان اختلفا
اعتقادا وفي الدرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على حر كافر
موكله مسلم بلا عكس (و) تقبل شهادة الذمي (على المستأمن) لان
الذمي اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي
لا بالمستأمن (دون عكسه) اي لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور
ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه (و) تقبل شهادة (المستأمن على مثله
ان كانا من دار واحدة) حتى لو كانا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان
الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث بينهما وقال
الشافعي ومالك لا تقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى (و) تقبل
شهادة (عدو بسبب الدين) اي بامر ديني لانه لا يكذب لدينه كاهل الاهواء
هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا
(و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة) اي ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها
(ان اجتنب الكبائر) اي كل فرد من افراد الكبائر كما في اكثر الكتب لكن
في القهستاني نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلو ارتكب
كبيرة مرات قبل شهادته واختلفوا في الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين
المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين (وغلب صوابه على خطئه)
اي كثرت حسناته بالنسبة الى سيئاته مع اجتناب الكبائر وفي الاختيار
ولا بد ان يكون صلاحه اكثر من فساده معتادا للصدق مجتنبا عن الكذب
صحيح المعاملة في الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان قال عمر
رضي الله عنه لا تغرنكم طنطنة الرجل في صلاته انظروا الى حاله عند درهم
ودينار اما الالمام بمعصية لا يمنع قبول الشهادة لان في اعتبار ذلك سد باب الشهادة
انتهى (و) تقبل شهادة (الاقلف) لاطلاق النصوص عن قيد الختان
لكونه سنة عندنا اطلقه تبعا لما في الكنز لكن قيده قاضيخان وغيره بان يتركه
لعذر كالكبر او خوف الهلاك اما اذا تركه على وجه الاعراض عن السنة
او الاستخفاف بالدين فلا تقبل فالامام لم يقدر بوقت وغيره من وقت الولادة

الى عشر سنين وقيل الى اثنا عشر (و) تقبل شهادة (الخصى) فان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع منه عضو ظلما كما لو قطعت يده ظلما وكذا الاقطع اذا كان عدلا لما روى ان النبى عليه السلام قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما فى المنح (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد خلافا لمالك (والخنثى) ان لم يكن مشكلا وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا وينبغى ان لا تقبل فى الحدود والقصاص كالنساء (والعمال) والمراد بهم عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق فتقبل الا اذا كانوا اعوانا على الظلم فلا تقبل كما فى البحر وقيل العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لا يجازف فى كلامه تقبل والحاصل انهم ان كانوا عدولا تقبل والا فلا وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فاورد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وفى البحر وذكر الصدر ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابى والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كما فى الفتح (و) تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (لمعتقه) وعكسه لانه لا تهمة فيها وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو جد سيبويه لعلى رضى الله عنه وكان عتيقه وفيه اشعار بان العتيق لو كان متهما لم تقبل ولذا قال فى الخلاصة ولو شهد العبد ان بعد العتق على الثمن كذا عند اختلاف البايع والمشترى لا تقبل لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لو لا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لابطال العتق وفى المنح ولا يعارض ما فى الخلاصة لو اشترى غلامين واعتقهما فشهدا لمولاهما على انه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لانهما لا يجران بها نفعا ولا يدفعان مغرما وشهادتهما بان البايع ابرأ المشترى من الثمن كشهادتهما بالايفاء كما فى الخانية (والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا) وقت (التحمل) كما بيناه (ولو شهدا) اى ابنا الميت (ان اباهما اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وزيد يدعيه) اى الايصاء قال المولى سعدى والمراد من قوله والوصى يدعى اى الوصى يرضى انتهى لكن الدعوى يستلزم الرضاء بطريق ذكر الملزوم وارادة اللازم تدبر (قبلت) شهادتهما (وان انكر) ذلك الوصى (فلا) اى لا تقبل شهادتهما لان القاضى لا يملك اجبار احد على قبول الوصية (ولو شهدا ان اباهما الغائب وكله) اى زيدا بقبض دينه او وكله بالخصومة (لا تقبل وان) وصلية (ادعاه) لان القاضى

لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فتعينهما وشهادتهما تصرف لهما اذ يمكن ان تواضعا مع الوكيل على اخذ المال فلا تقبل للتهمة بخلاف مسئلة الوصية لان القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب والحاجة فشهادتهما اولى وهذا استحسان والقياس يمنع الجواز لانهما قصدا من يقوم باحياء حقوقهما فلا تقبل للتهمة والظاهر ان الضمير في قوله وان ادعاه يرجع الى الوكالة اي وان ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا لو قال وان ادعاها بالتأنيث لكان اظهر (واو شهد دائنا ميت) اي اوشهد غريمان لهما على الميت دين (انه) اي الميت (اوصى الى زيد) اي جعله وصيا (وهو) اي زيد (يدعيه) اي الايصاء (قبلت) شهادتهما كما اذا شهد بالدين على الميت رجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين لان كل فريق يشهد بالدين في الذمة ولا شركة في ذلك وتثبت الشركة في المقبوض بعد القبض وقال ابو يوسف لا تقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيئا من التركة بدينه يشركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه كما في المنح (وكذا لو شهد مديوناه) اي اوشهد مديونا ميت ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا والقياس يمنع الجواز في الصورتين لان الدائنين قصدا من يؤدي حقهما والمديونين قصدا البراءة بالدفع اليه فلا تقبل للتهمة (او) شهد (من اوصى لهما) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (او) شهد (وصياه) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (قبلت) استحسانا والقياس يمنع الجواز في الصورتين لانهما ارادا نصب من يوصل حقهما في الاولى ونصب من يعينهما على التصرف في مال الميت في الثانية والنفع يرجع اليهما فلا تقبل لا يقال بان الميت اذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب آخر لانه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بامور الميت بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا في جميع هذه الصور لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصاية كما مر آنفا ولا بد من كون الموت معروفا في الكل اي ظاهرا الا في مسئلة الغريمين للميت عليهما دين فانها تقبل وان لم يكن الموت معروفا وفي البحر ولو شهد الوصي بعد العزل للميت ان خاصم لا تقبل والا تقبل كما لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل ان خاصم لا تقبل والا تقبل ثم قال نقلا عن البزازية واما شهادة الوصي بحق الميت على غيره بعد ما اخرجه القاضي من الوصاية قبل الخصومة او بعدها لا تقبل وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعد ما ادركت الورثة لا تقبل ولو شهد الوصي لبعض الورثة على الميت اذا كان المشهود له صغيرا لا تجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده وعندهما تجوز ولو شهد لكبير على اجنبي تقبل

فى ظاهر الرواية واوشهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث لم تقبل واوشهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل انتهى (ولا تقبل الشهادة) حال كونها مشتملة (على جرح مجرد) اى جارحية مجردة اى لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه ولذا يقال له الجرح المفرد (وهو) اى الجرح المجرد (ما يفسق به) شاهد المدعى المعدل فان الحكم لم يجز قبل التعديل لاسيما اذا جرح وعند الشافعى تسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف (من غير ايجاب حق للشرع) كوجوب الحد (اوللعبد) كوجوب المال فلو اوجبه تقبل (نحو) ان يشهدوا (هو) اى الشاهد (فاسق او آكل ربوا اوانه استأجرهم) اوشارب خمر فى وقت اوزان فى وقت اوعلى اقرارهم انهم شهدوا بزور اوان المدعى مبطل فى هذه الدعوى اوانه لاشهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع اوالعبد وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولومن واحد ولذا قيدنا بالمعدل وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق الشرع اوالعبد كما فى الدرر فعلى هذا لوقال ولا تقبل الشهادة بعد التعديل كما فى الغرر لكان اولى (وتقبل) الشهادة (على اقرار المدعى بفسقهم) اى بفسق شهوده لانهم ما اظهروا الفاحشة بل حكوا عنه والاقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على اقرار الشهود مع انه لايدخل تحت الحكم لان فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق فلا تقبل (و) تقبل (على انهم) اى الشهود (عبيد) اواحدهم عبد (او) انهم (محدودون فى قذف او) انهم (شاربوا خمر) الآن ولم يتقادم العهد اذ لوكان متقادما لا تقبل كامر وكذا تقبل على انهم سرقوا منى كذا اوزنوا النسوة بلا تقادم ما لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى (او) انهم (قذفة) افلان وهو يدعيه فان الكل يوجب حقا للشرع وهو الرق فى العبد والحد فى الباقى (او) انهم (شركاء المدعى) شركة مفاوضة والمدعى مال لوجود التهمة كما اذا شهد ولد المدعى اووالده (اوانه) اى المدعى (استأجرهم لها) اى للشهادة (بكذا واعطاهم ذلك) اى الاجر (مما عنده) اى من الشئ الذى عنده فيكون ما موصولة وفى بعض النسخ من مالى عنده اى من مالى الذى كان عنده لان المدعى عليه خصم فى ذلك فتثبت الجرح بناء

عليه (او) انهم على (انى صالحتهم بكذا) من المال (وقد نقد) اى المال (اليهم) اى الى الشهود (على ان لا يشهدوا على) بهذا الباطل (فشهدوا) فعليهم ان يردوا المال على انهم اخصام فى ذلك (ومن شهد ولم يبرح) اى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال اوهمت بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض اى فى بعض شهادتى (قبل ان كان عدلا) والمراد بالقبول قبول شهادته لاقبول قوله اوهمت لما فى الهداية فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اى اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فان كان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى اوان المجلس وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف المجلس وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود او فى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن الشيخين انه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه انتهى وفى الدرر اذا تذكر لفظا بعد ما شهد فى شهادته فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضة واطلق فى الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى

(باب الاختلاف فى الشهادة)

تأخير الاختلاف فى الشهادة عن اتفاقها بمنزلة تأخير الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما يعارض الجهل والكذب فأخره وضعا للتناسب كما فى العناية (شرط موافقة الشهادة الدعوى) لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها والشرط توافقهما فى المعنى دون اللفظ حتى لو ادعى المدعى الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل كما فى اكثر الكتب وما فى الوقاية من انه شرط من موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى مخالف لما فى اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال (فلو ادعى دارا شراء او ارثا وشهدا) اى الشاهدان (بملك مطلق ردت) شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق زوائده ولا كذلك فى الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصارا غيرين

(وفى عكسه) اى ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب كالشراء اوالارث (تقبل) الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى المطابقة معنى (وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهى شهادة المثنى فالم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطابقة باللفظ والمعنى وهذا عند الامام وقالا الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لاغير والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى ثم فرعه فقال (فلا تقبل) الشهادة (لوشهد احدهما بالف اومائة اوطلقة و) شهد (الآخر بالفين وبمائتين وبطلقتين اوثلاث) عند الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على الاقل بالتضمن غير معتبر الا يرى انه لوشهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الآخر انه قال انت برية لا يثبت شئ وان اتفق المعنى كما لو ادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لا تقبل وكذا فى كل قول جمع مع فعل لا تقبل كما لوادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعى عليه الفا وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بها لا يجمع لان هذا قول وفعل وذكروا انه لا يجمع بين القول والفعل كما فى البحر (وعندهما) والائمة الثلاثة (تقبل على الاقل) اى على الالف اوالمائة اوالطلقة عند دعوى الاكثر لانفقهما على الاقل معنى من غير قدح ولو ادعى الاقل لا يثبت شئ عندهم لان المدعى مكذب لشاهد الاكثر وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل كما لو شهد احدهما على الهبة والآخر على العطية لان اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره فى المحيط ولم يحك فيه خلافا وفى البحر تفصيل فليطالع (ولو شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة والمدعى يدعى الاكثر) اى الفا ومائة (قبلت) شهادتهما (على الالف اتفاقا) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنا وقد انفرد احدهما بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفق عليه قيد بدعوى الاكثر لانه لو ادعى الاقل بان قال لم يكن الا الالف او سكت عن دعوى المائة الزائدة لا تقبل لظهور تكذيبه الشاهد فى الاكثر الا اذا ادعى التوفيق بان قال كان اصل حقى الفا ومائة لكن ابرأت المائة منها اواستوفيت قبلت للتوفيق

(وكذا مائة ومائة وعشرة) يعني لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعي يدعي الاكثر تقبل على مائة اتفاقا (و) كذا (طلقة وطلقة ونصف) اي شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة ان ادعى الاكثر بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف وفي البحر شهد احدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي ان تقبل (ولو شهدا بالف او بقرض الف وقال احدهما) اي احد الشاهدين (قضى منها) اي من الالف (كذا) اي خمسمائة مثلا (قبلت) شهادتهما (على الالف) لانه فهما على وجوب الالف (لا) تقبل (عن القضاء) لانه شهادة فرد (الا ان يشهد به) اي الا ان شهد معه (آخر) وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة (وينبغي) اي يجب (ان علمه) اي علم قضاء بعضه (ان لا يشهد) بالالف كلها (حتى يقر المدعي به) اي بما قبض كي لا يكون معينا على الظلم (ولو شهدا بقتله) اي بقتل شخص (زيدا يوم النحر بمكة و) شهد (آخران بقتله) اي بقتل ذلك الشخص (اياه) اي زيدا (فيه) اي في يوم النحر (بكوفة ردتا) بالاجماع لان احديهما كاذبة بيقين ولا مجال للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر وكذا لو اختلفا في الزمان او الآلة التي قتل بها ردتا ايضا وقد يكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك في وقتين او مكانين تقبل كما في البحر (فان قضى باحديهما) اي باحدى الشهادتين (اولا بطلت) الشهادة (الاخيرة) بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال القضاء بها فلا تنقض بالثانية (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا) اي الشاهدان (في لونها) اي في لون البقرة اطلاق اللون يشمل جميع الالوان وهو الصحيح اي قال احدهما حمراء والآخر صفراء او قال احدهما سوداء والآخر بيضاء (قطع) اي قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيما ليس في صلب الشهادة ولذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة يكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من جانب واحدهما يراه والبياض من جانب والآخر يراه وفي الاصلاح ورد عليه انه احتيال في ايجاب الحد والاصل خلاف ذلك وما قيل في دفعه انه صيانة للحجة عن التعطيل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لا يخفى ولو قيل يثبت المال لامكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق للاصول

واقرب الى العقود (وان اختلفا فى الذكورة والانوثة) اى قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى (لا) يقطع اتفاقا لعدم تطابق الشاهدين فى المعنى لاختلافهما فى جنسين متباينين (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يقطع فيهما) اى فيما اختلفا فى لونها وفيما اختلفا فى الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالاختلاف فى الذكورة والانوثة قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء فاختلفا الشاهدان لاتقبل اجماعا كما لاتقبل عند اختلافهما فى المروى والهروى فى سرقة الثوب لان المدعى كذب احدهما (وفى الغصب) يعنى لو شهدا بغصب بقرة واختلفا فى لونها (لاتقبل اتفاقا) لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه فلا يشتبه عليهما وفى التنوير وفى العين تقبل (ولو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف) متعلق بهما (و) شهد (الآخر) بالشراء او الكتابة (بالف ومائة ردت) شهادتهما لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولا فرق بين ان يكون المدعى هو البايع او المشترى وبين ان يدعى اقل المالين او اكثرهما كما سيجئ وكذا لو اختلفا فى مقدار بدل الكتابة لاتقبل شهادتهما لما قررناه (وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) فى الصورة الاولى (والقاتل) فى الثانية (والراهن) فى الثالثة (والمرأة) فى الرابعة لان هؤلاء لايقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف فلا تقبل (وان ادعى الآخر) اى المولى فى العتق على مال وولى المقتول فى الصلح عن قود والمرتهن فى الرهن والزوج فى الخلع بان يدعى ولى العبد انى اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على الف او ادعى ولى القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف وكذا الباقيان (كان كدعوى الدين) فيما ذكر من الوجوه من انها تقبل على الف اذا ادعى الفا ومائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لاتقبل عنده خلافا لهما وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن اذا كان المدعى هو الراهن لاتقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا وفى العناية والدرر كلام فليطالع (والاجارة كالبيع عند اول المدة) يعنى اذا كانت الدعوى فى الاجارة

(وكذا المدة قبل استيفاء المعقود عليه واختلف الشاهدان لاتقبل كما لاتقبل وتشتر الاختلاف في البيع للحاجة الى اثبات العقد سواء ادعى الموجر او المستأجر وطلقوا وكانت الدعوى باقل المالين او اكثرهما (وكالدين بعدها) اى بعد المدة اتفاثبت ما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل اما اذا كان المدعى هو الاجر فانه لاحاجة حينئذ الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا ان ادعى الاكثر وان اقل لاتقبل شهادة من شهد بالاكثر لان المدعى يكذبه وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه كما في العناية (وفي النكاح تقبل) الشهادة (باعب) اذا اختلف الشاهدان في قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح بالالف والاخر بالف ومائة عند الامام (استحسانا) لان المال في النكاح تابع ومن حكم التبع ان لايغير الاصل ولذا لايبطل بنفيه ولايفسد بفساده وكذا لايختلف باختلافه اذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم القضاء به فيبقى المهر مالا فردا وقضى باقل المالين (ولا فرق فيه بين دعوى الاقل والاكثر) وهو الصحيح وبين كون الدعوى من الزوج او الزوجة وهو الاصح لان المنظور اليه هو النكاح وهو لايختلف باختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزوم اكذاب شاهد الاكثر عند دعوى الاقل لايضر في ثبوت النكاح وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية فان كان المدعى هو الزوج لاتقبل اجماعا (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (ردت) الشهادة (فيه) اى في النكاح (ايضا) اى كما في البيع ولايقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب اذ النكاح بالف غير النكاح بالف ومائة وذكر في الامالى قول ابى يوسف مع قول الامام فالعمل بالاستحسان اولى وفي الشمنى وغيره ولو اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ولو اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لاتقبل وفي البحر تفصيل فليراجع (ولابد من الجر في شهادة الارث) يعنى اذا ادعى الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه وشهدا ان هذه كانت لابيه لايقضى له حتى يجر الميراث حقيقة (بان يقول الشاهد مات وترك ميراثا للمدعى) او حكما كما اشار اليه بقوله (او مات وهذا ملكه او في يده) وتصرف اما ان قال انه كان لابنه لاتقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكما هذا عند الطرفين (خلافا لابي يوسف)

فانه قال تقبل شهادته بلا جر لان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب و يرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ولهما ان ملك الوارث يتجدد في الاعيان وان لم يتجدد في حق الديون ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية الموروثة و يحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه و يبين ما كان من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فيجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في العناية والدرر وقال صاحب المنح ولابد مع الجر المذكور من بيان سبب الوراثة واذا شهدوا انه اخوه فلا بد من بيان انه اخوه لابيه وامه اولاحدهما ولا بد من قول الشاهد لاوارث له غيره ولو قال لا وارث له بارض كذا تقبل عنده خلافا لهما وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدوا انه جده ابوابيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت (فان قال) الشاهد (كان هذا الشيء لاب المدعي اعاره من ذي اليد اواودعه اياه قبلت) الشهادة (بلا جر) لان يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت فصار كانه شهد بان اباه مات والمنزل في يده (وان شهدا ان هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا) والحال انه ليس في يده عند الدعوى (ردت) شهادتهما وعند ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك (ولو شهدا انه كان ملكه قبلت) فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالاخذ من المدعي والوجه الظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول فان اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضاء بالشك بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد و بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وعن هذا قال وان شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما آمر (ولو اقر المدعى عليه انه كان في يد المدعي امر بالدفع اليه) اي الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار (وكذا) يؤمر بدفعه (او شهدا باقراره) اي اقرار المدعى عليه (بذلك) اي بانه كان في يد المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به

(باب الشهادة على الشهادة)

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول (تقبل) الشهادة على الشهادة استحسانا في جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه

والتعزير كما في الدرر وفي الاختيار رواية عن ابي يوسف وعن الامام انها
لم تقبل وقضاء القاضي وكذا في التنقية (في غير حد وقود وان) وصلية
(تكررت) مرتين او مرات اي تجوز في درجات ثم ثم ثانية وفي درجة وكان
القياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية والنيابة لا تجري فيها وجه
الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض
العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اي
وان تعددت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال
وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص وعند الائمة الثلاثة تقبل اي فيما يسقط بها ايضا (وشرط لها)
اي لهذه الشهادة (تعذر حضور الاصل) اي اصل الشاهد على القضاء
لادائها باحد من الاسباب الثلاثة (بموت) اي بموت الاصل كما في الهداية
وغيرها لكن في القهستاني فلا تصح الشهادة لان الاصل اذا مات لا تقبل شهادة فرعه
فيشترط حيوة الاصل (او مرض) اي يكون مريضا مرضا لا يستطيع به
حضور مجلس القاضي وفيه اشعار بانها تقبل اذا كان الاصل مخدرة وهي التي
لا تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء الحاجة او الحمام كما في التتمة وكما اذا حبس
الاصل في مجلس اول واما في مجلس القاضي ففيه خلاف كما في السراج وعلى
هذا ان ذكر الحد ليس بحصر (او سفر) شرعي في ظاهر الرواية وعليه
الفتوى لان جوازها عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء
يتحقق العجز لا من به فلو كان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه
البيتوتة في منزله لم تقبل وعند اكثر المشايخ وهو قول الائمة الثلاثة تقبل وعليه
الفتوى كما في السراجية والمضمرات قالوا الاول احسن والثاني ارفق وعن محمد
انه تجوز كيف ما كان ولو كان الاصل في المصر (و) شرط (ان يشهد
عن كل اصل اثنان) لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة فلا تثبت
الملك (لا) يشترط (تغاير فرعي الشاهدين) بل يكفي الفرعان للاصلين
فتقبل رجلان على شهادة اصل واحد ثم شهدا على شهادة
على شهادة اصل آخر في حادثة واحدة تقبل عندنا والاول على
رضي الله تعالى عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين وذكره
مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يرد غيره فلا حاجة في جعل الاجماع خلافا
للشافعي بل لا بد عنده ان يكون شهود الفرع اربعة لان كل فرعين
قاما مقام اصل واحد فصارا كالمرأتين ذكره في الكافي وتقبل على
شهادة شاهدين الخ وظاهره ان يكون ذلك ... فلا تقبل ...

على الشهادة كما قاله الشافعى فى الحاوى وليس كذلك بل هو شهود ومأوقع فى الكنز انه فى لفظ يجوز ان يشهد عليها رجل وامرأتان لتمام النصاب ولا يشترط ان يكون الشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين اورجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كما فى التبيين وغيره (صفتها) اى الشهادة على الشهادة (ان يقول) الشاهد (الاصل) اى اصل كل من الفريقين عند التحميل مخاطبا الفرع (اشهد) عند الحاجة امر من الثلاثى فلو اشهد رجلا رجلا يسمعه لم يجز له ان يشهد (على شهادتى) فلو لم يذكره لم يجز خلافا لابى يوسف فانه معلوم كما فى المحيط (انى اشهد بكذا) اى بان فلان بن فلان بن فلان اقر عندى له بالف درهم والجملة بدل من المجرور قيد بقوله على شهادتى لانه لوقال اشهد على بذلك لم يجز له الشهادة وقيد بعلى لانه لوقال بشهادتى لم يجز له كما فى التبيين قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وان لم يشهدهما القاضى عليه وذكر فى الخلاصة اختلافا بين الامام وابى يوسف فيما اذا سمعاه فى غير مجلس القضاء واشار بعدم اشتراط قوله الى ان سكوت الفرع عند تحمله يكفى لكن لوقال لااقبل ينبغى ان لايصير شاهدا كما فى القنية ولاينبغى ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الاداء اشهد) على صيغة المتكلم (ان فلانا اشهدنى) ماض من الافعال (على شهادته بكذا وقال لى اشهد) امر من الثلاثى (على شهادتى به) اى بكذا لانه لابد من شهادة الفرع وذكر الفرع شهادة الاصل وذكر التحميل واتمها لفظا اطول من هذا بان يقول الاصل اشهد بكذا اوانا اشهدك على شهادتى فاشهد على شهادتى ويقول الفرع عند القاضى وقت الاداء اشهد ان فلانا يشهد ان فلان على فلان كذا واشهدنى على شهادته وامرنى بان اشهد على شهادته انا اشهد على شهادته اواقصر منه بان يقول الاصل اشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا ذكره محمد فى السير الكبير وهو مختار الفقيه ابى جعفر وابى الليث والامام السرخسى وهو اسهل وايسر لكن المص اختار الاوسط لماقالوا خير الامور اوسطها (ويصح تعديل الفرع اصله) وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما فى البحر لان الفرع ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضى فبالنقل ينتهى حكم الشهادة فيصير اجنبيا فيصح تعديله والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضى عدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم وتعديل اصولهم كما فى المنح وفيه ايماء الى انه يجب ان يكون الاصل عدلا فلو خرس اوفسق

او عمى او ارتد لم تقبل شهادة فرعه كما في الخزانة والى انه لو غاب كذا سنة واجمعوا به ثقة على عدالته قبلت شهادة فرعه ان كان الاصل رجلا مشهورا كما في الذخيرة (و) يصح تعديل (احد الشاهدين) الفرعين الذى هو عدل عند القاضى الفرع (الآخر) الذى لم تعلم عدالته لانه من اهل التزكية وقيل لا تقبل لانه انما يعدل ليصير مقبول الشهادة وهى منفعة لنفسه فيتهم ولا يخفى انه مغن عن السابق وشامل لتعديل الاصل فرعه اذا حضر وقد صحح ذلك كما في القهستانى (فان سكت) اى الفرع (عنه) اى عن تعديل الاصل (جاز ونظر) اى نظر القاضى (في حاله) اى حال الاصل كما لو حضر الاصل بنفسه ويسئل عن عدالة الاصل غير الفرع لكون الاصل مستورا (وان ثبتت عدالته تقبل) شهادة فرعه (عند ابى يوسف) وهو المختار لان الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل اذ يخفى عليه عدالته (وقال محمد ترد شهادته) لانه لا شهادة الا بالعدالة واذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لا يجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته (وتبطل شهادة الفرع) قبل الحكم (بانكار الاصل الشهادة) اى الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وتقرر الاصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف ما لو اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح نهيه كما في الدرر قيد بالانكار لانه لو سئل فسكت لم يبطل الاشهاد وقيدنا بقبل الحكم لانه لو انكر بعد الحكم لم تبطل لما قال يعقوب باشا في حاشيته ومراده من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها واما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل (وان شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية) انها اقرت لفلان بكذا (وقالا) اى الفرعان (اخبرانا) اى الاصلان (انهما يعرفانها) اى الفلانية (وجاء المدعى بامرأة) منكرة (لم يدريا) الفرعان (انها) اى هذه الامرأة (هى) اى الفلانة (امر لا يدل له) اى قال القاضى للمدعى قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية وهذا لانهما نقلا كلام الاصول كما تحملا وقولهما لا ندرى اهى هذه ام لا يوجب جرحا فى الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول الا انها غير تامة لكونها عامة اذ عددهم لا يحصى واذا قال له (هات شاهدين انها هى) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعى يدعى ان تلك النسبة للحاضرة وهى منكرة فلا بد من اثبات انها اياها (وكذا فى نقل الشهادة) وهو كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل وانما صورهما فى المرأة مع ان الحكم كذلك افادة عدم المعرفة فى المرأة (فان قالا) اى الشاهدان

(فيهما) اى فى الشهادة والنقل فلانة بنت فلان (التميمية لا يجوز) قولهما لان مثل هذه النسبة غير تامة فى التعريف لكونها عامة مع كونها فى امرأة (حتى ينسباها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة بنى عند عدم ذكر الجد وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة العامة كالنسبة الى بنى تميم فقط لانهم قبائل كثيرون لايحصى عددهم و يحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة (والتعريف تم بذكر الجد) او الفخذ (اونسبة خاصة) ثم بينهما بقوله (والنسبة الى المصر او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة) وفى البحر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفى الغائب لابد من ذكر الاسم والنسب والنسبة الى الاب لاتكفى عند الطرفين ولابد من ذكر الجد خلافا للثانى فان لم ينسب الى الجد ونسبه الى الاب الاعلى كتيمى اونجارى والى الحرفة لا الى القبيلة والجد لاتكفى عند الامام وعندهما ان معروفا بالصناعة تكفى وان نسبها الى زوجها تكفى والحق الاعلام وتمامه فيه فليطالع

(باب الرجوع عن الشهادة)

وجه المناسبة لماقبله وتأخيره عنه ظاهر لان الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة وترجم بالباب تبعا للكنز مخالفا للهداية اذليس له ابواب متعددة وهو وان كان رفعا للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض فى الطهارة قبل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به اوشهدت بزور فيما شهدت به اوكذبت فى شهادتى فلوانكرها لم يكن رجوعا وشرطه ان يكون عند القاضى وعن هذا قال (لايصح الرجوع عنها) اى عن الشهادة (الاعند قاض) سواء كان هو القاضى الاول اوغيره لان الشهادة تختص بمجلسه فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضى (فلوادعى المشهود عليه رجوعهما) اى رجوع الشاهدين (عند غيره) اى عند غير القاضى (لا يحلفان) اى الشاهدان اذاارادالمشهود عليه التحليف (ولايقبل برهانه) اى برهان المشهود عليه (عليه) اى على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا (بخلاف مالوادعى) المشهود عليه (وقوعه) اى وقوع الرجوع (عند قاض آخر) غير الذى كان قضى بالحق (وتضمينه) عطف على قوله وقوعه اى تضمين القاضى المال (اياهما) اى الشاهدين واقام بينة تقبل بينته ويحلفان ان انكرا لان السبب صحيح كما لواقر عند القاضى انه رجع

اعتبر فعيرا ماضي ... صحيح ... رجوع ... كالاخ وفي الله ... العاصي ولا يرجع ... والشهود لا يسمع ... وشهد ... لا رجوع ... موجبا للاحكام لا لاوصاف الاشياء (قال رحمه) اي المصنف ابن الشهيد ... (وفي الحكم لا حكم) الماضي ... ولا ... هل ... الا ان لكن امر ... عن بعضهم كما لو شهدا ... او ... الحكم بالاصل لان ... الغصب ولئن (وان) رجعا (بعده) اي بعد الحكم (لا نقض) ... حكمه لان الكلام الاول قد تأكد بالقضاء فلا ينقض ... شامل لما اذا كان الشاهد ... الرجوع ... كما في اكثر المعتبرات لكن في ... ان كان الرجوع بعد القضاء ... الحال ... فالرجوع ... في ... صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره ... وبعض المشايخ ورد المال على المشهود ... وان كان ... عند الشهادة في ... المشهود له على المشهود عليه ... صاحب البحر وغيره ... المذهب ... الضمان على الشاهد ... في ... اذ ... في خلاصة ... هذا قول الامام الاول وهو قول ... حماد ثم رجع عن هذا القول وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال حتى لا ينقض ... ولا يرد ... على المشهود ... صاحب البحر ... المذهب ... الصواب انه ... مرجوع ... (وضمنا) اي الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (ما اتلفاه) اي ما شهدا به لانهما ... بالضمان ... للسبب عند وجود المباشر ... المباشر ... لانه كالملجأ الى القضاء ... الدعي لان الحكم ماض ... (اذا قبض المدعي ... دينا كان او عينا) لان الاتلاف ... ولا ... والزام الدين ... وهو ... السرخسي

وبه حسب الجمهور وكافة اصحاب الفتاوى في اطلاقهم وقد صرح في الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء قبض المدعى المال اولا قالوا وعليه الفتوى وفي الخلاصة انه قول الامام الآخر وهو قولهما انتهى وظاهره ان اشتراط القبض مرجوع عنه كما في البحر وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فالمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وفي البحر تفصيل عدم الحصر تضمين الشاهد في رجوعه فليراجع (فان رجع احدهما اى احد الشاهدين عن شهادته في دعوى حق بعد القضاء (ضمن) الراجع (نصفا) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف وعن هذا قال (والعبرة) في باب الضمان (لمن بقى) من الشهود وعند الائمة الثلاثة العبرة لمن رجع الا في رواية عنهم (لا لمن رجع) هذا هو الاصل فان بقى اثنان بقى كل الحق وان واحد بقى النصف كما مر آنفا ولذا فرع عليه المسائل فقال (فان شهد ثلاثة) رجال بحق (ورجع واحد) عن شهادته (لا يضمن) الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة (فان رجع آخر) بعد رجوع واحد من الثلاثة فعلى هذا ان الفاء في قوله فان رجع تعقيبية (ضمنا) اى الراجعان (نصفا) من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو واحد من ثلاثة فيبقى نصف الحق فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه اجيب بان التلف مضاف الى المجموع لانه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر اثره (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة) منهما (ضمنت) الراجعة (ربعه) بالاجماع لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة (وان رجعتا) اى المرأتان (ضمنتا نصفا) لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان) منهن (لا يضمن) على صيغة الجمع المؤنث الغائبة شيئا لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر (فان رجعت) امرأة (اخرى) بعد رجوع الثمان من العشر (ضمن) النسوة (التسع ربعا) لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مر (وان رجع النسوة العشر) دون الرجل (ضمن) صيغة جمع مؤنث غائبة (نصفه) بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل فيا ينبغي ان يقول فان رجعت في المحلين وكذا في قوله وضمن التسع ينبغي ان يقول وضمنت فتدبر لجوازه في مثله لان الله تعالى قال في قصة يوسف عليه السلام وقال نسوة ووجهه بين في التفاسير فليطالع (وان رجع الكل)

اى الرجال والنساء (فعلى الرجل سدس) اى سدس الحق (وعليهن) اى على النساء (خمسة اسداس) عند الامام لان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل غرم السدس هو حصة اثنين من العشر وعليهن غرم خمسة اسداس (وعندهما عليه) اى على الرجل نصف (وعليهن) اى على النساء (نصف) لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد ويكن نصف النصاب كما ان الرجل الواحد يكون نصف النصاب ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فيكون الغرم على المناصفة وفي الاصلاح نقلا عن المحيط اورجع رجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق ولاشئ على النسوة لانه وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من تثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن ثم قال وهذا سهو اذ يجب ان يكون النصف اخماسا بينه وبينهن انتهى وذكر الاسبيجابي لورجع واحد وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لم يجب عليها شئ انتهى لكن ذكر الاسبيجابي في هذه المسئلة اختلافا لانه قال لوشهد رجل وثلاث نسوة فقضى به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئا في قولهما وفي قياس قول الامام نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة انتهى فعلى هذا ظهر ان صاحب المحيط اختار قولهما فلا سهو تدبر (وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليها الحكم (ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها) اى على المرأة (او عليه) اى على الزوج الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا يضمن ويضمن ما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اكثر او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله لكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره كما في الدرر (الا ما زاد على مهر المثل) يعني ان كان

مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله
او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وقدمنا
ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى
ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا قدر الزيادة بلا عوض وكذا لو شهدا عليها
بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها (ولا) يضمن (من شهد
بطلاق بعد الدخول) لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (ويضمن)
فى الطلاق (قبل الدخول نصف المهر) ان كان مسمى او المتعة ان لم يكن
مسمى لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن
الزوج او ارتدت سقط المهر ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب
سقوط جميع المهر ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا
بشهادتهما كما فى الهداية والتعليل الاول للمتقدمين والثانى للمتأخرين وفى البحر
تفصيل فليراجع وفى التنوير ولو شهدا انه طلقها ثنتا وآخران انه طلقها واحدة
قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاثة لا غير ولو كان
ذلك بعد وطىء او خلوة فلا ضمان على احد (وفى البيع) يضمن (ما نقص
عن قيمة المبيع) وفى المنح ولو شهدا على البائع به بمثل القيمة او اكثر فلا ضمان
لانه اتلاف بعوض وان شهدا باقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض
ولو شهدا على المشترى فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة او اقل وان كان
باكثر ضمنا ما زاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لو قال ولا فى البيع الا ما نقص
من قيمة المبيع ان ادعى المشترى ولا فى البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى
البائع كما فى الغرر لكان اظهر واولى تدبر وفى التنوير ولو شهدا على البائع بالبيع
بالفين الى سنة وقيمته الف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء اخذ المشترى
الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر (وفى العتق) يضمن (القيمة) يعنى
اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد مطلقا اى سواء كانا موسرين
او معسرين لاتلافهما مالية العبد عليه من غير عوض ولا يتحول الولاء
اليهما بالضمان لان العتق لا يحتمل الفسخ فلا يتحول بالضرورة اذ الولاء لمن اعتق
اطلق العتق فانصرف الى العتق بلا مال فلو شهدا انه اعتق عبده على خمسمائة
وقيمته الف فقضى ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد
بخمسمائة وولاء العبد للمولى كما فى البحر وفى التنوير وفى التدبير ضمنا ما نقصه
وفى الكتابة يضمنان قيمته ولا يعتق حتى يؤدى ما عليه اليهما وما فى الفتح
من ان الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب للذى كاتبه كما فى البحر
وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الامة فان مات المولى عتقت وضمن

الشافعي ان قيمتها للورثة (وفى القصاص) يضمن (الدية فقط) يعنى اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عند نا لا القصاص لان القتل وجد باختيار الولى لانه ليس بمضطر فيه لاقتداره على العفو ايضا ولم يكونا سببا بالقتل فلو اشبه السببية وقعت الشبهة وهى مانعة عن القود لاعن الدية لان المال يثبت مع الشبهة بخلاف المكره لانه مباشر فيه فيكون سببا يضاف اليه القتل فيقتص وعند الشافعى يقتصان لوجود القتل تسببا كالمكره (ويضمن الفرع ان رجع) اي يضمن شهود الفرع بالرجوع عن شهادتهم لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافا اليهم (لا الاصل ان قال الاصل ما اشهدته) اى الفرع (على شهادتى) اى لا يضمن شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم نشهد الفروع على شهادتنا بالاجماع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع ولا يبطل القضاء بعد الحكم لتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد (ولو قال) الاصل (اشهدته) اى الفرع (وغلطت ضمن عند محمد) لان الفروع نقلوا شهادة الاصل فكان الاصل حضر وشهد عند مجلس القاضى ثم رجع (لا) يضمن (عندهما) لان الحكم لم يقع بشهادة الاصل بل بشهادة الفرع وقوله غلطت اتفاقى اذ لو قال رجعت منها فلا ضمان ايضا عندهما (وان رجع الاصل والفرع) جميعا بعد الحكم (ضمن الفرع فقط) عند الشيخين لان الاتلاف يحصل بعد القضاء والقضاء بشهادة الفرع فيضاف التلف اليه بعد رجوعه والضمان على المتلف (وعند محمد يضمن المشهود عليه اى الفريقين) من الاصل والفرع (شاء) اى ان المشهود عليه مخير بين تضمين الفرع والاصل عنده لان القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه وبشهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان متغايرتان ولا يجمع بينهم فى التضمين (وقول الفرع كذب) قول ماض (اصلى او غلط ليس بشئ) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ما امضى من القضاء لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع (وان رجع المزكي عن التزكية ضمن) اى ضمن المزكى بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد ان زكاه عند الامام لان قبول الشهادة عند القاضى بالتزكية يكون علة العلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة (خلافا لهما) فان عندهما لا ضمان على المزكين لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كشهود الاحصان والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنا ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم اما اذا قال المزكى اخطأت فيه فلا ضمان اجماعا كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى

وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم احرار اما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لايضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا (ولايضمن شاهد الاحصان برجوعه) لانه شرط محض فلايضاف الحكم اليه (ولورجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة) يعني اذا شهدا انه علق عتق عبده بشرط وشهد الآخران ان الشرط الذي علق به العتق وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهو قوله انت حر ولايضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع (ولورجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام على البزدوي كما في التبيين وغيره (ومن علم انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهد زورا اوشهد بقتل رجل اوموته فجاء حيا اوشهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليست بالسماء علة ولم ير الهلال (يشهر فقط ولايعزر) عند الامام وعليه الفتوى كما في السراجية (وعندهما يوجع ضربا ويحبس) وفي الكافي اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين الا انهم اختلفوا في كيفية تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي لان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريح القاضي في زمن عمر وعلي رضي الله عنهم كان يشهر بان يبعثه الى سوقه اوالى قومه لافشاء قباحته وهذا التشهير لايخفى على الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا من الامام احتجاجا باجماع الصحابة لاتقليدا لشريح لانه لايرى تقليد التابعي وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

(كتاب الوكالة)

امناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج في معاشه الى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة وهي لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لانه موكول اليه الامر وقيل هي الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح بالكتاب والسنة والاجماع وشرعا (هي) اي الوكالة (اقامة الغير

مقام نفسه في التصرف) والمراد بالتصرف ان يكون معلوما لانه اذا لم يكن معلوما ثبت ادنى التصرفات وهو الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالي ولو قال في تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما في المنح لكن يمكن ان يجاب بان اللام للعهد والاضافة للزيادة تدبر (وشرطها) اي الوكالة (كون الموكل) اسم فاعل (ممن يملك التصرف) لان الوكيل استفاد ولاية التصرف من الموكل فلابد ان يكون ممن يملكه وعنده قيل هذا على قولهما واما على قوله فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به الوكيل ليس بشرط اذ يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم لا يملك هذا التصرف بنفسه انتهى لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي فلا يلزم ما قيل تدبر (و) شرطها ايضا كون (الوكيل) ممن (يعقل العقد) ويعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه ويعرف الغبن الفاحش واليسير كما في اكثر المعتبرات وقال يعقوب باشا وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل العاقل صحيح وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لاشتراطه في صحة التوكيل انتهى لكن المراد من الصبي العاقل هو المميز مطلقا فلا يرد تدبر (ويقصده) اي يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد وحصول الربح حتى لو تصرف في البيع بطريق الهزل لا يقع عن الموكل كما في اكثر الكتب لكن فيه بحث لان الكلام في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل وعدمه ووقوعه عن الموكل ولذا تركه في الكنز الا ان يقال ان قوله يقصده تأكيد لقوله يعقل والعطف عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز الى ان المعتوه يصلح ان يكون وكيلا لانه يعقله ويقصده وان لم يرجح المصلحة على المفسدة والى ان علم الوكيل بالوكالة لم يشترط خلافا لمحمد فلو وكل ببيع عبده وطلاق امرأته ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما في القهستاني نقلا عن المحيط ثم فرعه بقوله (فيصح توكيل الحر البالغ) ينبغي ان يقيد بالعاقل ليحترز عن المجنون الذي لا يفيق ولا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا وصبي يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة ويصح توكيله بما ينفعه بلا اذن وليه كقبول الهبة وبما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا والا توقف على اجازة وليه (او المأذون) والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي اذن له الولي والعبد الذي اذن له المولى اي يصح توكيل كل

منهما (حرا) مفعول توكيل (بالغا او ماذونا) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل اهل له (او) توكيلهما (صبيا عاقلا او عبدا محجورين) قيد للصبي والعبد لان الصبي اهل للعبارة حتى ينفذ تصرفه باذن الولي فكذا العبد حتى يصح طلاقه واقراره في الحدود والقصاص ولكن لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما اذ لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفي الشمني وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور له خيار الفسخ وان كانا مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا (بكل ما) موصوفة اولى من الموصولة والظرف للتوكيل اي صح التوكيل لكل عقد (يعقده هو) اي الموكل (بنفسه) اي مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعا لحاجته وفي القهستاني ولا يشكل بتوكيل المسلم او الذمي ذميا او مسلما ببيع الخمر او شرائها وبالتوكيل ببيع المسلم والاستقراض كما ظن فان الكفالة كافية للاولين والثالث مستثنى بقرينة الآتي والرابع مختلف فيه انتهى ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفا (و) صح التوكيل (بايفاء كل حق وباستيفائه) لان الموكل قد لا يهتدي الى طريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض (الا في حد كقذف او كسرقة (وقود) اي لا يصح التوكيل باستيفائهما (مع غيبة الموكل) عن المجلس كما اذا قال الموكل وجب لي على فلان حد او قصاص في النفس او الطرف فوكلتك ان تطلبه منه فقبل فان استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة وعند حضوره يجوز اجماعا وانما قلنا لا يصح التوكيل باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتهما وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع الامام في نفس التوكيل وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب من له الحد والقصاص وفي شرح الطحاوي صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند الائمة الثلاثة يصح في القود وان غاب الموكل الا في رواية عن احمد وقول من الشافعي (و) يصح التوكيل (بالخصومة في كل حق) لان كل احد لا يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة (بشرط رضى الخصم) فلو رضي قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا وفي العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال الامام لا يجوز التوكيل بالخصومة

الارضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعى او المدعى عليه وقالا يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعى لكن فى الهداية والظهيرية وغيرهما لاخلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم وهو الصحيح وعن هذا قال (للزومها) فعند الامام لايلزم التوكيل بلا رضى الخصم فيتعين الوكالة برد الخصم (الا ان يكون الموكل مريضا لايمكنه) مع وجود المرض (حضور مجلس الحاكم) وكذا لايحسن الدعوى (او غائبا مسافة سفر) اى مدة ثلاثة ايام فصاعدا او مريدا للسفر يعنى اذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالبا كان الموكل او مطلوبا فلا يرتد برد الخصم لانه لو لم يلزم يتحقق الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن لايصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضى فى حاله وفى عدة ايام سفره او يسئل عن رفقائه (او) يكون الموكل امرأة (مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحكم) سواء كانت بكرا او ثيبا وعليه الفتوى كما فى الحقايق لانها لو حضرت لايمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا فى كونها مخدرة ان كانت المرأة من بنات الاشراف فالقول لها بكرا كانت او ثيبا لانه الظاهر من حالها وان كانت من الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل فلا سواء كانت بكرا او ثيبا لان الظاهر غير شاهد لها كما فى المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى ترافعوا اليه كما فى التبيين وفى المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لايرضى بالتاخير واما اذا رضى به فلا يكون عذرا واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض انتهى وفيه كلام فانه يجوز للقاضى ان يخرج من المسجد ويسمع الخصومة او يرسل اليها نائبا لرفع الخصومة كما قررناه فى كتاب القضاء فلا وجه لعده من الاعذار ويلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر من الاعذار مع انهم لم يذكروهما منها تأمل (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لايشترط رضى الخصم) فيلزم بلا رضاه مطلقا لان التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بقضاء الديون وله ان التوكيل قد يكون اشد خصومة واكثر انكارا فيتضرر به خصمه فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف التوكيل بالقبض فانه لايختلف والمختار للفتوى ان القاضى ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت فى الاباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى الدرر وغيره (وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع) فانه يقول بعت هذا الشئ منك ولا يقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره (واجارة) واستيجار (وصلح عن اقرار) دون انكار كما سيأتى (تتعلق به) اى بالوكيل دون

الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضرا او غائبا لانه اصل في العقد لانه يقوم بكلامه ونائب عن الموكل في حق الحكم فراعينا جهة اصالته في تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو خلافا للشافعي فانه قال تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول و بالوكيل بالنكاح (ان لم يكن) الوكيل صبيا او عبدا (محجورا) اشارة الى ان العبد المأذون والصبي المأذون تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك بل فيه تفصيل لما في شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون له ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالا او مؤجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته ايضا لانه يملك ما اشتراه حكما ولهذا يحبسه بالثمن ليستوفيه من الموكل وان كان بثمن مؤجل لا تلزمه الحقوق لانه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان ملتزما مالا في ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو في معنى الكفالة فانه لا يصح منه انتهى ثم اشار الى تفصيل الحقوق فقال (فيسلم) الوكيل (المبيع) الى المشتري في الوكالة بالبيع (ويتسلمه) اي يقبض المبيع عن البائع في الوكالة بالشراء (و يقبض الثمن) اي ثمن مبيعه في البيع (ويطالب) بفتح اللام (به) اي بالثمن في الوكالة بالشراء فاشترى (و يرجع) على صيغة المبني للمفعول (به) اي بالثمن (عند الاستحقاق) اي استحقاق ما باع (و يخاصم) على صيغة المبني للفاعل (في عيب مشريه و برده) الى بايعه (به) اي بالعيب فان ذلك كله من حقوق العقد فتتعلق بالوكيل (ان لم يسلمه الى موكله وبعد تسليمه لا يرده الا باذنه) اي باذن الموكل (و يخاصم) على صيغة المبني للمفعول (في عيب مبيعه و) يخاصم (في شفعته) اي في شفعة ما باع (وان كان) المبيع (في يده) بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشتري فان الوكيل لا يخاصم في الشفعة (وكذا شفعة مشريه) يعني يخاصم الوكيل في شفعة ما اشترى بالوكالة مادام في يده (والملك يثبت للموكل ابتداء) اذا اشترى الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل في حق الملك كما ان الرق يتهب و يصطاد اذا المولى يخلف عن العبد في ثبوت الملك اليه ابتداء وهو الصحيح كما في الهداية وقيل تثبت الملك للوكيل فينتقل الى الموكل بلا مهلة ثم فرعه بقوله (فلا يعتق قريب وكيل شراه) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لان الملك يلزم الموكل فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما في اكثر المعتبرات لكن لم يظهر لهذا التفريع اثر الخلاف لان القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان يفرع عليه ما ظهر فيه اثر الخلاف تدبر (وحقوق عقد يضيفه

او وكيل الى موكله) جرّده انه لا يستغني عن الاضافة الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه لا يصح والمراد من قرينه السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل لا انه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف كما في الاصلاح (تتعلق بالموكل كنكاح وخلع) لان الوكيل فيهما سفير اي حاك حكاية غيره فلا يلزمه عليه شيء حتى لو اضاف النكاح الى نفسه بان قال تزوجتها يقع للوكيل (وصلح عن انكار) لانه فداء يمين للموكل فلابد من الاضافة اليه الا في الاصلاح هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل بل لابد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد من الاضافة في الموضعين فافترق الصلحان في الاضافة انتهى فعلى هذا فقول صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار في الاضافة محل نظر كما في حاشيته ليعقوب باشا والدرر تتبع (و) صلح عن (دم عمد) لانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير (وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض) ولم يذكر الاستقراض لما مر انه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فان الوكيل يضيف هذه العقود الى موكله في عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها الى الموكل دون الوكيل ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا يطالب) بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطالب من قبل الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) اي تسليم المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط مالكيتها بعقد النكاح والسيادة تتلاشى مع انها خلقت محلا للنكاح لا لشيء عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر انه سفير فيه (وللمشتري منع الثمن عن الموكل) يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طلب من المشتري الثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد والوكيل اصل في الحقوق ولذا له ان يوكل لاخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق التوكيل والمراد من الموكل موكل وكيل بيع ليس عبدا او صبيا محجورين لما مر وفي البحر ولو كان الموكل دفع الثمن الى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ولا مطالبة له على الموكل فان لم ينقد الموكل الثمن الى البائع باع القاضي الجارية بالثمن اذا رضيا والا فلا (فان دفعه) اي ان دفع المشتري الثمن (اليه) اي الى الموكل (صح) دفعه ولو مع نهي الوكيل لانه ملكه لا في الصرف الا اذا كان الموكل حاضرا عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره (ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل

اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه وانما ذكر قوله وللمشترى الى هنا فى هذا المحل مع ان المناسب ان يذكر من تفريعات القسم الاول توطئة لما بعده (وان كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة به) اى بثمن المبيع الذى باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص وهذا حيلة للوصول الى دين لا يوصل اليه (وكذا) تقع المقاصة به (ان كان له) اى للمشترى على الوكيل دين) عند الطرفين لكونه يملك الابراء عنه عندهما (خلافا لابى يوسف) لان عنده لا يجوز الابراء ولا تقع المقاصة (و) لكنه (يضمنه الوكيل للموكل) فى فصل المقاصة عندهما كما يضمنه فى فصل الابراء (وان كان دينه) اى دين المشترى (عليهما) اى على الموكل والوكيل (فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل) لان المبيع ملك الموكل لا غير

(باب الوكالة بالشراء والبيع)

افردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج اليهما وقدم الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات (لا يصح التوكيل بشراء شئ يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة) للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض لغة وعرفا الخيل والبغل والحمار فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين فى بنى آدم واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما فى النهاية (او) بشراء شئ يشمل (ماهو كالاجناس كالدار وان) وصلية (بين الثمن) لانه يتعذر الامتثال لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة والمراد هنا بالجنس ما يشمل اصنافا وبالنوع الصنف لا ما اصطلح عليه اهل المنطق (فان سمى نوع ثوب كالهروى) مثلا (جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل) جاز سواء سمى ثمنا اولا بالاجماع (و بين ثمن الدار والمحلة) يعنى ان وكل بشراء دار و بين ثمنها ومحلتها جاز واختلفوا فى هذا المحل وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى وفى الاصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين

الحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها قال في الدرر وفي المعراج ان ما في الهداية تخالف لرواية المبسوط قال والمتأخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحال انتهى وبه يحصل التوفيق فيحمل ما في الهداية على ما اذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما اذا كانت لا تتفاحش انتهى والمص اختار قول المتأخرين في الدار ولهذا عطف بالواو فقال وبين ثمن الدار والمحله والحاصل ان جهالة الدار جهالة الجنس عند المتأخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز والهداية على كل من المذهبين تتبع (او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي) يعني اذا وكل بشراء عبد تركي مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من وجه لكن من حيث منفعة الجمل كانه اجناس مختلفة فان بين نوعه كالتركي يصح التوكيل (او بين ثمنا يعين نوعا) اي نوع العبد بالذلة والكثرة يصح لان ذكر الثمن كذكر النوع في تقليل هذه الجهالة وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل والحق بجهالة الجنس لامتناع الامتثال لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله يعين نوعا لان النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما في الهداية وفيه اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة كما في القهستاني واطلاقه شامل لما اذا كان ذلك الثمن نوعا اولا وبه اندفع ما في الجوهرة حيث قال وهذا اذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد فلا يجوز عند بعض المشايخ كما في المنح (او عمم فقال ابتع لي) اي اشتر لي (ما رأيت) وفي الفرائد وفي عطف قوله او عمم صعوبة لانه لا يناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وقصله ثم قال اويقال بطريق الاستئناف يقول الا ان يعمم لكان اسلم واظهر ويدل على ما ذكرناه قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا بشراء شيء فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكل وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء اشتريه يكون ممتثلا انتهى لكن يمكن ان يكون معطوفا على ما يفهم من الكلام السابق وهو قوله فان سمى الى هنا اي ان خصص جاز عند البيان او عمم جاز وان لم يبين او ان يكون او بمعنى الا كقولهم لالزمنك او تعطيني حقي اي الا ان تعطيني حقي (ولو وكله بشراء الطعام فهو) يقع (على البر ودقيقه) يعني دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي طعاما يشتري البر ودقيقه والقياس ان يشتري كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على لا كل اذ الطعام اسم لما يطعم

المطعوم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكر عرفنا ولا عرف للاكل فبقي على الوضع وفي الهداية هذا في عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم وبه قالت الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي اي ما يمكن اكله من غير ادام دون الحنطة والخبز وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كما في الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخر لانه لو امر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما في القهستاني واطلاقه فشمل ما اذا كثرت الدراهم او قلت (وقيل) يقع على البر في كثير الدراهم و) يقع (على الخبز في قليلها و) يقع (على الدقيق في وسطها) فقيل القليل مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة الى خمسة او ستة فالسعة على هذا لم يكن من الكثير كما في القهستاني (وفي متخذ الوليمة) اي طعام العرس والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع (على الخبز بكل حال) سواء كثرت الدراهم او توسطت اوقلت لان مدار الامر في الكل العرف (وصح التوكيل بشراء عين) اي شيء معين (بدين له) اي للموكل (على الوكيل) يعني لو قال رب الدين للمديون اشتر لي هذا العبد مثلا بالف لي عليك فاشتراه يكون ملكا للآمر حتى لو هلك في يد الوكيل هلك على مال الآمر لا على الوكيل لان في تعيين المبيع تعيين البائع وفي تعيين البائع توكيله بقبض دينه من المديون اولا لاجله ثم يقبضه لنفسه فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين وكذا لو امر شخص مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر الآجر المستأجر بعمارة ما استأجره مما عليه من الاجرة (وفي غير العين) اي لو قال رب الدين للمديون اشتر لي الالف عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى (ان اشترى وهلك في يد الوكيل فعليه) اي على الوكيل لان الشراء نفذ عليه لا على الموكل (وان قبضه الموكل فهو له) اي للموكل هذا عند الامام (وقالا هو لازم للموكل ايضا) اي كما هو لازم له في المعين سواء قبضه الموكل اولا (وهلاكه) اي المبيع (عليه) اي على الموكل (اذا قبضه الوكيل) لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بقبض العين منها او الدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل ولم يلزم عليه اعطاء مثل الدين لان الاستهلاك والاسقاط

في حكم الاخذ والاستيفاء وهذا المعنى في الاستيفاء لاك ظاهر ولذا قيد صاحب الهداية بالاستهلاك وما في تعليل صاحب النهاية بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك يخالف لما في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة وتمامه في المشابهة فليطالع واذا ثبت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب في الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك (وعلى هذا) الخلاف (اذا امره) اي امر الموكل الوكيل (ان يسلم ما عليه او يصرفه) يعني لو قال اسلم مالي عليك الى فلان في كذا صح اتفاقا ولو قال الى من شئت فعلى الخلاف وكذا اذا امره ان يصرف ما عليه والحاصل انه ان عين المسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف صح بالاتفاق وفي العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس انتهى لكن فيه تأمل (ولو وكل عبد اليشترى نفسه) اي نفس العبد المأمور (له) اي للموكل (من سيده) بان قال فلان لعبد اشتر لي نفسك من سيدك بالف مثلا (فان قال) العبد المأمور لسيده (بعني نفسي لفلان) بالف (فباع) السيد (فهو) اي العبد (له) اي الموكل لان العبد يصلح لان يشترى نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لكونه اجنبيا عن نفسه في حكم المالية فاذا اضاف العقد الى الآمر صلح شراؤه للامتثال فيقع للآمر (وان لم يقل) العبد (لفلان عتق) العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال للآمر والآخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشراء للآمر فلابد من قول العبد بعد قول المولى بعت وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت بعد قوله بعني نفسي لان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق لا في البيع والثمن على العبد فيهما لا على الآمر (وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فان قال الوكيل للسيد اشتريته) اي ذلك العبد (لنفسه فباع) السيد على هذا الحكم (عتق) العبد على السيد (وولاؤه) اي ولاء العبد (له) اي للسيد لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع اليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه والولاء للمولى (وان لم يقل لنفسه) عند اشترائه (فهو) اي العبد (للوكيل) لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه (وعليه) اي على المشتري (ثمنه) اي ثمن العبد لكونه عاقدا (وما اعطاه العبد) للوكيل (لاجل الثمن للمولى) لانه كسب عبده (واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبدا فات) اي العبد عندي (وقال

الموكل) لا (بل تشتريه لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن) اى ان لم يوجد (دفع الثمن) الى الوكيل لانه يدعى الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول للمنكر (والا) اى وان وجد دفع الثمن (فللوكيل) اى فالقول للوكيل لانه امين فالقول للامين مع اليمين وقد اجمل المص فى هذه المسئلة فلا بد من التفصيل لانه قال صاحب المنح وغيره ان العبد ان كان معينا وهو حى فالقول للمأمور انه اشتراه لموكله لا لنفسه اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولا لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان ميتا والحال ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى امر به فكان القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه اخبر عما لا يملك استينافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد به وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فالقول له وان كان غير معين وهو حى فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما فى المعين وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل قوله كما فى المنح وغيره فعلى هذا عبارة المص قاصرة فالاولى ان يفصل تدبر (وللوكيل بالشراء طلب الثمن من الموكل) اذا اشترى وقبض المبيع (وان) وصلية (لم يدفعه) اى الثمن (الى البايع) اذ يجرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فيصير الوكيل بايعا من موكله حكما فيطلب الثمن من موكله سواء دفعه الى بايعه اولا (وحبس المشترى لاجله) اى للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض ثمن المبيع وان لم يدفع الثمن الى بايعه لما علم ان المبادلة الحكمية تجرى بينهما وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيده فحق الحبس يسقط وفى التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالا (فان هلك قبل حبسه هلك على الآمر) اى ان هلك المشرى فى يد الوكيل قبل ان يحبسه من موكله يهلك على مال الموكل لا الوكيل (ولا يسقط ثمنه) اى ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده (وان) هلك المشرى فى يد الوكيل (بعد حبسه) اى حبس الوكيل اياه (سقط) الثمن عند الطرفين لانه بمنزلة البايع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه (وعند ابى يوسف هو كالرهن) لانه مضمون

بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو رهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد فلما ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كانا فرده الموكل بعيب ورضى الوكيل به والحاصل ان عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند ابى يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله وعند زفر يضمن جميع قيمته (وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه) ولا لموكل آخر لانه يؤدى الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه الا بمحضر من الموكل كما فى الهداية والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما فى البحر وفسره الزيلعى بانه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثانى ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع للوكيل ومن هذا قال (فان شراه بخلاف جنس ما سمى) من الموكل له (من الثمن او غير النقود) بان شراه بالعرض او بالحيوان (وقع) الشراء (له) اى للوكيل لانه خالف امره فنفذ عليه وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضى ان لا يكون مخالفا بما اذا سمى له ثمنا فزاد عليه او نقص عنه لكن ظاهر ما فى الكافى للحاكم انه يكون مخالفا فيما اذا زاد لا فيما اذا نقص عنه لانه قال وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك ان نقص من ذلك الثمن الا ان يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر (وكذا) يقع الشراء للوكيل (ان امر) الوكيل (غيره فشراه الغير) الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته (وان شراه) اى الوكيل الثانى (بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (فللموكل) اى يقع شراؤه للموكل لانه يحضر رأيه حينئذ فلا يكون مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر رأيه (وفى غير المعين هو) اى الشراء (للوكيل) يعنى لو اشترى الوكيل بشراء شئ غير معين شيئا يكون الشراء للوكيل اذ الاصل ان يعمل لنفسه (الا ان اضاف العقد الى مال الموكل) بان قال اشتريت بهذا الالف وهو مال الآمر (او اطلق العقد) بان قال اشتريت فقط (ونوى) الشراء (له) اى الموكل فيكون للموكل فى الصورتين وفى الهداية هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه اى فى النقد تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو اى الجواب مطلق لا تفصيل فيه وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله

الوكيل على مايحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه و يحمل الآمر فى هذه التوكيل وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ماذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الااذاثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابى يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اى المالين نقد فقط فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما تحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه انتهى (ويعتبر فى السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض ولا يبطل بمفارقة الموكل اذالقبض للعاقد وهو ليس بعاقد وماقيل من انه اذا حضر الموكل مجلس العقد لا يعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل اصلا فى الحقوق فى البيع مطلقا كما فى البحر قيد بالوكيل لان الرسول فيهما لا يعتبر مفارقته لان الرسالة فى العقد لا فى القبض و ينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح (ولو قال) الوكيل بالشراء (بعنى هذا لزيد) اى لاجله (فباع ثم انكر المشترى كون زيد امره) بعد اقراره بقوله لزيد (فلزيد اخذه) اى اخذ المبيع جبرا (ان لم يصدق انكاره) اى المشترى لان قول الوكيل بعنى هذا لزيد اقرار منه بالوكالة فلا يلتفت الى انكاره للتناقض (فان صدقه) اى زيد انكاره بان قال لم آمره بالشراء (لا يأخذه) زيد جبرا لان اقرار المشترى ارتد برده (فان سلمه المشترى اليه) اى الى زيد (صح) لان البيع يوجد بينهما حكما لان الوكيل ولو فضوليا كالبائع والموكل كالمشترى فصار بيعا بالتعاطى (ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما) اى من اللحم الذى (يباع رطل بدرهم لزم) فى هذا البيع (موكله) من اللحم (رطل بنصف درهم) عند الامام قيد بما يباع رطل بدرهم لانه لواشترى لحما لا يباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يلزمه) اى الموكل (الرطلان بالدرهم) لانه امره بصرف الدرهم فى اللحم وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين وله انه مأمور بشراء رطل مقدر وليس بمأمور بشراء الزيادة فنفذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له قيل ان محمدا هنا

مع الامام في قوله وعندهما لو يوجد لان في اعتبار لاسعد شئ على الموكل اجماعا كما في
المحروق ان اراد به الامر وما يشتري بعشرة فاشتراه بما في درهم وقيمة الدراهم على
السعر لزم الموكل خلافا لمحمد وزفر ولو مرخص وقيمتها في الدراهم لا يلزم
الامر اجماعا (ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) لا ذكر ثمنهما (فشرى
المأمور للامر (احدهما) اي احد العبدين بقيمته او بنقصان (جاز)
على الامر بالاجماع لان التوكيل مطلق يجري على اطلاقه وقد لا يتفق جمعهما
في الشراء الا فيما لا يتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش لان التوكيل بالشراء
بالمتعارف والمتعارف ما يتغابن فيه الناس فلهذا قيد بقيمته او بنقصان (وكذا
ان وكل بشرائهما) اي بشراء عبدين بعينهما (بالالف وقيمتهما سوا
فشرى) المأمور (احدهما) اي احد العبدين (بنصفه) اي بنصف
الالف (او باقل) من نصف الالف جاز لانه قابل الالف بهما وقيمتهما
سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة
ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير فوقع عن الامر (وان)
شرى (باكثر) من نصف الالف (لا يجوز) اي لا يقع عن الامر بل على المأمور
لانه مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت وهذا عند الامام (وقالا يجوز
الشراء) باكثر (ايضا) كما يجوز بنصفه او باقل (ان كان شراؤه بما يتغابن
الناس فيه وقد بقي ما يشتري به الاخر) لان التوكيل مطلق فيحمل على
المتعارف كما مر ولكن لابد ان يبقى من الالف باقيه يشتري بمثلها الباقي لكن لا
يحصل غرض الامر (فان شرى) الوكيل العبد (الاخر بقي) من الثمن
(قبل) وقوع (الخصومة) بينهما (جاز اتفاقا) لحصول المقصود وهو شراء
العبدين بالالف (فان قال الوكيل بشراء عبد بغير عينه) اي غير معين (بالف)
درهم (شريته) اي العبد (بالالف وقال الموكل) بل شريته (بنصفه)
اي نصف الالف وهو خمسمائة وليس لهما برهان (فان كان قد دفع)
الموكل (اليه) اي الى الوكيل (الالف صدق الوكيل ان ساوى) قيمة العبد
(الالف) لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل يدعي ضمان
نصف ما دفع اليه وهو منكر وان لم يساو قيمة العبد الالف بل يساوي نصفه
صدق الموكل بلا حلف لانه امر بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش
والامر يتناول ما يساويه فضمن المأمور خمسمائة (وان لم يكن دفعها)
اي دفع الموكل الالف الى الوكيل وفي المسئلة بحالها (فان ساوى) قيمة العبد
(نصفها) اي نصف الالف (صدق الموكل) لا يمين لان المأمور خالف
الامر (وان ساواها) اي لو ساوى قيمة الالف (حلفا) لان الموكل هنا

كالبائع والوكيل كالمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف و يفسخ العقد (والعبد للمأمور) فى الصورتين (وكذا فى معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه المأمور ثم اختلفا فى ثمنه فقال المأمور اشتريته بالف وقال الآمر بل بخمسمائة وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما فى المسئلة الاولى فان نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل (ولا عبرة لتصديق البائع) المأمور (فى الاظهر) قيل لان البائع ان استوفى الثمن فهو اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الآمر فلا مدخل له وهذا قول الامام ابى منصور وفى الهداية وهو اظهر وفى الكافى هو الصحيح وقيل لا تحالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفى التنوير ولو اختلفا فى مقدار الثمن الذى عينه له فقال الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بالف فالقول للآمر مع يمينه والعبد للمأمور فان برهنا قدم برهان المأمور ولو امره بشراء اخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا باخى فالقول للآمر مع يمينه و يكون الوكيل مشتريا لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعمه انه اخو الموكل وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما فى البحر

(فصل)

فى بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لا يجوز (لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له) كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الامام (وقالا يجوز) العقد (بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذى لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب و ينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل فى البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما فى المنح وفى النهاية وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند الامام و يجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن الامام روايتان (والوكيل

بالبيع يجوز بيعه) من غيرهم هؤلاء (بما قل) من أثمن (او غبنا فاحشا لان البيع بالغبن الفاحش يتعدد عند الاحتياج الى النقد وبالمتبرم من العين وانواع المأذكره ليتناول كل بدل فان اثلاه امر اضافي فلم يكن ذكره استطراديا كما قيل (و) كذا يجوز بيعه (بالعرض) سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجد خاليا من التهمة فيجوز (وقالا لا يجوز) بيعه (الا بمثل القيمة وبالنقود) اى لا يجوز بيعه من غيره ولا بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لا بالعروض عندهما لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقع الحاجة والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث وكذلك المقايضة فلا يتناوله مطلق اسم البيع قال ابو المكارم وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الولى كالاب والجد والوصى والقاضى لا يصح بالاذن الاجماع لان فيه بالاتفاق كما فى العمادية (و يجوز بيعه بالنسيئة) ان كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف لان الامر بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لا يجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل ونقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب وانما قيدنا للتجارة لانه لو لم يكن لها بل كان للحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها تعين النقد وفى البحر وبه يفتى مذكور فى الخلاصة وكثير من المعتبرات لان الموكل قال بعد فانى محتاج الى ثمنه وهو او صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما فى النتف وينبغى ان يكون الحكم كذلك فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة انتهى وفى البحر لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لا يجوز بالاجماع (و) يجوز (بيع نصف ما وكل ببيعه) كالعبد والفرس عند الامام لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل باطلاقه وعندهما والائمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الاول وبهذا ظهر ان الخلاف فى الذى يتضرر بالتفريق والتقسيم والا يجوز كالبر والشعير اذ ليس فى تفريقه ضرر اصلا كما فى الاصلاح ولذا قلنا كالعبد والفرس (و) يجوز (اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلا او رهنا) للاستيثاق (ولا يضمن) الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن (ان توى) اى هلك (ما على الكفيل) من الثمن (او ضاع

الرهن في يده) اي الوكيل لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لايملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما في الهداية وفي المنح وهو مخالف لما في الخلاصة من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لايجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به في البزازية و لمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لايسقط من دين الموكل شئ ولاضمان على الوكيل انتهى (واووهب) الوكيل (الثمن من المشترى اوابرأ. اوحط منه) اي بعض الثمن (جاز) عند الطرفين (ويضمن) الوكيل الثمن كله لموكله في الحال (وعند ابي يوسف لايجوز) كل من الهبة والابراء والحط اذلاملك له ولاامر له فيمافعل ولم يجز ولهما ان حقوق العقد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر حاصل بتضمينه في الحال على وجه الكمال (وكذا الخلاف اواجله) اي الثمن (اوقبل به) اي بالثمن (حوالة) قال قاضيخان ولم يذكر التأجيل في الاصل قيل يجوز التأجيل في قول ابي يوسف ايضا كما لوباع بثمن موجل وقيل لايجوز واختاره المص فلذا قال وكذا الخلاف اواجله (ولواقاله) الوكيل بالبيع (صح) عند الاقالة (وسقط الثمن عن المشترى ولزم) الثمن (الوكيل) عند الطرفين لانه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيدنا بالبيع لان الوكيل بالشراء لايملك الاقالة اتفاقا هذا اذالم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لايصح وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشترى ثم اخذ الثمن ثم اقال لايصح كما في شرح المجمع (وعند ابي يوسف لايسقط عن المشترى) لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشترى الا ان الاقالة لما كانت عنده بيعا صار الوكيل مشتريا من المشترى المبيع فكان الوكيل مديونا للمشترى مثل الثمن الاول كما في شرح المجمع (والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة) اوباقل منها وهو ظاهر لايحتاج الى البيان (و) يجوز (بزيادة يتغابن بها وهي) اي الزيادة التي يتغابن بها (مايتقوم به مقوم) بان قومه عدل مثلا بعشرة وعدل آخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم وقدروه في العروض زيادة نصف في العشرة وفي الحيوان بدرهم وفي العقار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الموكل وعن هذا قال (وقيل في العروض

ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده) هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم واما ماله قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما ولا يحتاج الى تقويم مقوم ولا يدخل تحته حتى اذا زاد الوكيل بالشراء شيئا قليلا كالفلس لا ينفذ على الموكل لظهور المخالفة وبه يفتى كما فى البحر وغيره وعلى هذا لو قيد قوله وهو ما يقوم به مقوم بان لم يعرف سعره لكان اولى تدبر (لا لما لا يتغابن بها) اى لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم اعلاء ثمنه يحوله على الآمر وهذه التهمة لا توجد فى الوكيل بالبيع اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وان كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية كما فى التبيين لكن فى الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وفى العناية ان ما فى الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر تتبع (ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز) عند الامام لما قررناه آنفا (وقالا لا يجوز) بيعه لانه معيب بالشركة كالعبد لانه لا يتعيب كالبر فانه يجوز بالاتفاق كما مر (الا ان باع الباقى قبل الخصومة) اى قبل الاختصام الى القاضى ونقض القاضى البيع فح يجوز لعوده الى الوفاق (وهو) اى جوازه ان باع الباقى قبل الخصومة (استحسان) عندهما وانما ذكر هذه المسئلة مع انها قد ذكرت فيما تقدم بقوله وبيع نصف ما وكل ببيعه جاز توطئة لقول الامامين والمسئلة التى تليها وهو التوكيل بشراء عبد لان المسئلة الاولى يذكر للاخلاف فيتوهم انها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما سبق وذكرها هنا جملة كما وقع فى الهداية تدبر (وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل) لما فيه من ضرر الشركة (الا ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا) لان شراء النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق والفرق للامام بين البيع والشراء ان الامر فى البيع صادف ملكه فاعتبر فيه اطلاقه بخلاف الامر بالشراء وقال زفر يلزم الوكيل مطلقا اطلقه فشمل ما اذا كان العبد معينا اولا لانه خالفه لشراء النصف فلا يلزم الوكيل الابعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ما قيل ينبغى ان لا يتوقف شراء النصف اذا كان الوكيل بشراء شئ بعينه تأمل (ولو رد المبيع) اى رد المشترى المبيع (على الوكيل بعيب بقضاء) اى بقضاء القاضى (رده) الوكيل (على آمره مطلقا) سواء كان بسبب البينة من قبل المشترى او بنكول الوكيل حين توجه عليه اليمين او اقرار الوكيل عند القاضى (فيه) اى فى عيب (لا يحدث

مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر فكذا باقرار فيما لا يحدث مثله لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج ثم ان اشتراطها فيما كان تاريخ البيع مشتبها على القاضي او كان العيب مما لا يعرفه الا النساء او الاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها كما اذا كان العيب مما لا يحدث اصلا كاصبع زائدة لا حاجة الى الحجة وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير قضاء ليس له الرد على الموكل ولا الخصومة معه كما في عامة روايات المبسوط (وكذا) يرد الوكيل على الآمر (فيما) اى في عيب (يحدث مثله) في هذه المدة (ان كان) قضاء القاضي (ببينة اونكول عن يمين) لما تقدم آنفا (وان) كان قضاء القاضي (باقرار) الوكيل (فلا) يرده على آمره (ولزم الوكيل) لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره والوكيل غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل ان كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة اونكول وان كان بغير قضاء ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما والموكل غيرهما (ولو باع) الوكيل (نسيئة) اى الى اجل (وقال الموكل امرتك بالنقد وقال) الوكيل (لا بل اطلقت) اى امرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد (صدق الموكل) مع اليمين لان الآمر مستفاد من الامر ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ما قاله المأمور (وفي المضاربة) صدق (المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال (ولا يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به) لعدم رضى الموكل الا برأيهما معا وفي المنح اطلقه فشمل ما اذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا اوصبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا وكلهما بكلام واحد اما اذا كان توكيلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا وصى الى كل منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف على الاصح انتهى لكن في الشمني خلاف ما في المنح لانه قال لو باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند الامام خلافا لابي يوسف ولو كان احدهما صبيا او عبدا محجورا فللآخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما اوزال عقله ليس له ذلك تتبع وفي الخانية

رجل قال لرجلين وكلتكما بشراء جارية بالف درهم فاشترى احدهما ثم اشترى الآخر فان الآخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما في البحر (الا في خصومة) فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجتماع فيها متعذر لافضائه الى الشغب في مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعي وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما في التبيين وغيره وبه ظهر ان ما ذكره ابن ملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما في البحر لكن لا بد من مباشرة رأي الآخر حتى لو باشر احدهما بدون رأي الآخر لا يجوز عندنا كما ذكره العيني اقول هذا يمكن حمل ما في ابن ملك على الرأي فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من الحمل على الضعف تدبر (ورد وديعة) وفي البحر ولو قال ورد عين لكان اولى فانه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والبيع الفاسد كما في الخلاصة لكن يمكن بان رد عارية وغصب داخل في رد وديعة حكما والبيع الفاسد في حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد للاحتراز عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه (وقضاء دين وطلاق وعتق لا عوض فيهما) وكذا تعليق هبة الوكيلين وتدبير وتسليم هبة كما في التنوير لانه مما لا يحتاج الى الرأي ويعبر المثنى فيه كالواحد هذا اذا كان التوكيل بطلاق واحدة معينة وعتق معين لانه لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او بعتق عبد بغير عينه لا ينفرد احدهما كما في السراج لانه مما يحتاج الى الرأي وقيد بلا عوض فيهما لانه لو كان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد احدهما الا اذا اجازه الموكل او الوكيل وفي البحر ان الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء فليس لاحدهما الانفراد (وليس للوكيل ان يوكل) غيره لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به اذ رضي برأيه دون رأي غيره او لوجود التفاوت في الآراء (الا باذن موكله) لتحقق رضائه (او بقوله) اي بقول الموكل للوكيل (اعمل برأيك) لاطلاقه التفويض الى رأيه واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الا في دفع زكوة وفي قبض دين بعد في عياله وعند تقدير الثمن من الوكيل او كيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون الاذن جاز فيها (فان اذن) الموكل بالتوكيل (فوكل) الوكيل غيره (كان) الوكيل (الثاني وكيل الاول لا الثاني) ثم فرعه بقوله (فلا ينعزل) الوكيل الثاني (بعزله) اي بعزل الموكل الثاني (ولا) ينعزل (بموته) اي بموت الموكل الثاني قال المولى سعدي ينبغي ان يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك انتهى وفيه

كلام لان الوكيل مأمور باعمال رأيه وقد عمل بان يوكل غيره فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الرأى الاول وليس فى قوله اعمل برأيك مايدل على هذا بخلاف ما اذا قال اصنع ماشئت لان فيه مايدل على العموم فيملك العزل تدبر (وينعزلان) اى الوكيل الاول والثانى (بموت) الموكل (الاول) لان الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (وان وكل) الوكيل غيره (بلا اذن) من الموكل (فعقد) الوكيل (الثانى بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (جاز) عقده لان المقصود حضور رأيه وقد حضر وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجازة وهذا قول البعض والعامة على انه لابد من اجازة الوكيل اوالموكل وان حضرة الوكيل الاول لاتكفى والمطلق من العبارات محمول على الاجازة كما فى اكثر المتعبرات فعلى هذا اوقال فاجازه مكان قوله بحضرته لكان اولى تدبر (وكذا اوعقد) الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الاول (فاجازه) اى اجاز الوكيل عقده (جاز) ولو اكتفى بقوله فعقد الثانى بحضرته اوبغيبته فاجازه جاز لكان اخصر واولى لان الحكم فيهما موقوف على الاجازة على قول العامة كما بين قبله تدبر قيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول اوطلق الاجنبى فاجاز الوكيل فانه لايقع وكذا الابراء والخصومة وقضاء الدين كما فى المنح (ان كان) الوكيل الاول (قد قدر الثمن للثانى) فعقد الثانى بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل كما فى العناية (ولايجوز لعبد اومكاتب التصرف فى مال طفله بيع اوشراء ولاتزويجه) لانتفاء ولايتهما بالرق (وكذا الكافر فى حق طفله المسلم) لانتفاء ولايته بالكفر والاصل ان من لاولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه يقال حكم المستأمن والحربى والمرتد يعلم من حال الذمى دلالة ولذا بين حاله دون غيره من الكفار وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد الملة فى حقه فان اسلم نفذ وان قتل لا

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته وذلك فى الاغلب يكون لمطالبة المبيع اوالثمن (للوكيل بالخصومة القبض) عند ائمتنا الثلاثة لان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض (خلافا لزفر) لان القبض غير الخصومة فلايكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل للقبض من الناس وللخصومة الى الناس (والفتوى اليوم على قوله) اى على قول زفر وهو قول الائمة

ثم لانه لدن من توكل على الخصومة لا يوثق على المال لظهور الخيانة في الوكلاء في هذا الزمان افتى بذلك اصحاب المتون وكثير من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم ولذا اشار الى الخلاف وقد عند الخمسة لا لانه اقوى قوله في هذا المقام وفي التنوير الوكيل بالخصومة اداني لا يجبر عليهما الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعي وغاب المدعى عليه بخلاف الكفيل (ومثله) اي مثل الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضي) يعني ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال اقتضيت حقي اي قبضته فانه مطاوع قضى الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك كما في الهداية وفي العناية ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان انتهى فعلى هذا ظهر عدم فهم ما قيل من انه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاجماع لانه لا فائدة للتقاضي بدون القبض وسلم تأمل في قوله بالاجماع مع ان الخلاف مصرح في سائر الكتب لان ما قاله صاحب الاختيار على رواية الاصل والفتوى على انه لا يملك لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الاصل لما في السراجية الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض في ظاهر الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان الوكيل ذلك في بلد كان من العرف بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان توكيلا بالقبض والا فلا كذا في التنوير ورسول القاضي يملك القبض لا الخصومة اجماعا ولا يملك الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح وكذا عكسه (والموكل بقبض الدين الخصومة قبل القبض) عند الامام (خلافا لهما) وهو قول الائمة الثلاثة ورواية عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة ويهتدي الى المحاكمة ولانه لم يحصل الرضى من الموكل وله انه وكله باخذ الدين من ماله لان قبض عين الدين لا يتصور ولذا قلنا ان الديون تقضى بامثالها لان المقبوض ملك المطلوب حقيقة وبالقبض يملك بدلا عن الدين فيكون وكيلا في حق التمليك ولا ذلك الا بالخصومة وثمرته ما اذا اقام الخصم البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده خلافا لهما وقيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لا يكون له الخصومة اتفاقا وفي التنوير امره بقبض دينه وان لا يقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الامر والامر الرجوع على الغريم بكله ولو لم تكن للغريم بينة على الايفاء وقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء فلا سبيل للمقضي عليه على الوكيل وانما رجع على الموكل (والوكيل باخذ الشفعة الخصومة

قبل الاخذ اتفاقا) حتى اواقام المشترى البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل ويبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة (وكذا الوكيل بالرجوع فى الهبة) اى له الخصومة حتى لواقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع (اوبالقسمة) يعنى للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذاوكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل (اوبالرد بالعيب على البائع حتى اذا اقام البائع البينة على الوكيل بان الموكل رضى بالعيب تقبل (وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته) يعنى له الخصومة واما قبل مباشرة الشراء لايكون له الخصومة وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها (وليس للوكيل بقبض العين الخصومة) بالاجماع لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول ثم فرعه بقوله (فلو برهن ذواليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل) عنه (ولايثبت البيع فيلزم) على ذى اليد (اعادة البينة اذاحضر الموكل) اومن يقوم مقامه لان البينة قامت على من لايكون خصما والقياس فيه دفع العبد الى الوكيل لعدم قبول حجة ذى اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر وجه الاستحسان ان الوكيل خصم فى حق قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقتصر يده فتقام الحجة ثانيا على البيع اذاحضر الخصم (كانقصر يد الوكيل بنقل الزوجة اوالعبد) يعنى اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق اواقام العبد البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما الى موضع تقبل هذه البينة استحسانا فى قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكرا (ولايثبت الطلاق والعتق لو برهنا) اى المرأة والعبد (عليهما) اى على الطلاق والعتاق (بلا حضور الموكل) لمامر انهما اقاما حجة على وكيل غير خصم ولذا وجب اعادتها اوحضر موكله بخلاف قصر اليد (واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عندالقاضى) بغير الحدود والقصاص (صحيح) سواء كان وكيلا من قبل المدعى فاقر بالقبض اومن قبل المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار بانه لوانكره ذلك الوكيل صح بالطريق الاولى وبانه لواستثنى الاقرار صح وصار وكيلا بالانكار كمالواستثنى الانكار صار وكيلا بالاقرار وفى الصغرى لواستثنى الاقرار بحضرة الطالب صح والا لا وقال محمد انه ايضا يصح كما فى القهستانى وفى البزازية لووكله غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار فى الظاهر لوموصولا وفى الاقضية ومفصولا ايضا (لاعند غير القاضى) اى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهد به الشاهد ان عندالقاضى فانه غير

صح استحسانا لا شاهدا صريحا (خلافا لابي يوسف) اي يصح عند غير
القاضي عنده لان الوكيل اقامه مقام نفسه مطلقا وهو يقتضي ان يملك ما يملك
الوكيل وهو يملك الاقرار عند غير القاضي كذا وكيله وعند زفر والشافعي وهو
قول ابي يوسف اولا لا يصح اصلا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي
منازعة والاقرار اضدادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده وجه
الاستحسان ان التوكيل صحيح بدخول تحت ما يملكه الموكل وهو الجواب
مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك وكيله عند القاضي لكونه
جواب الخصم وهو لا يكون معتبرا الا في مجلس القضاء اذ ورائه مجلسه تفضي
الى التجاذب والتجاذب وهو لم يوكل بذلك فلا يكون وكيلا (لكن لو برهن
عليه) اي على الوكيل هذا استدراك من قوله لا عند غير القاضي فلهذا او ذكر
متفرعا لكان انسب تدبر (انه اقر في غير مجلس القضاء خرج من الوكالة
ولا يدفع اليه المال) ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه لا يصح
بعد ذلك المخاصمة ولانه زعم انه مبطل في دعواه (كالاب او الوصي اذا اقر
في مجلس القضاء لا يصح) اقرارهما (ولا يدفع اليه) اي الى الاب او الوصي
(المال) اي اذا ادعى الاب او الوصي شيئا للصغير وانكر المدعى عليه فصدقه
الاب او الوصي ثم طالب بدفع المال فان اقراره لا يصح لان له ولاية نظرية وذلك
بان يحفظ ماله ويتصرف فيه على الوجه الاحسن والاقرار لا يكون حفظا
ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لا يصح دعواه وبعده ودعي آخر
ويؤمر بدفع المال اليه ابتداء (ولا) يصح (توكيل رب المال كفيله بقبض
ما على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه او عبده او وكل المحتال المحيل
بقبض دين المحال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها
صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته (فينعدم الركن) ولان قبول قوله ملازم
للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فتنعدم بانعدام لازمه
كما في الهداية وفي العناية سؤال وجواب فليراجع وفي التنوير الوكيل بقبض الدين
اذا كفل صح وبطل الوكالة بخلاف العكس وكذا كل ما صحت كفالة الوكيل
الا ضمن بطلت وكالته تقدمت كفالته او تأخرت (ومن صدق مدعي الوكالة
بقبض الدين امر بالدفع اليه) لان تصديقه من قال انا وكيل الغائب بقبض
دينه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها
(فان صدقه صاحب الدين) اي اذا حضر الموكل وصدق الوكيل في دعواه
الوكالة فلا كلام لحصول الحق (والا) اي وان لم يصدقه (امر) اي امر
الغريم (بالدفع اليه) اي الى صاحب الدين (ايضا) اي كما امر بالدفع

الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفاء حال قيامه (ورجع) الغريم (به) اى بمادفعه (على الوكيل ان لم يهلك في يده) اى رجع الغريم به ان كان مادفعه اليه باقيا في يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه ويأخذ ما يجده واو كان بقاؤه حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله (وان هلك) اى المقبوض في يد الوكيل (لا) اى لا يرجع فيما هلك لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض فيكون امينا وهو لا يكون ضمينا اولانه مظلوم في اخذ الموكل ثانيا والمظلوم لايظلم غيره (الا ان كان ضمنه عند دفعه) فح يرجع على الوكيل بمثل مادفعه قيل روى ضمنه بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد الا اذا كان جعل الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر وكالتك واخذ مني ثانيا فانت ضامن بهذا المال فقال انا ضامن وبعدم التشديد الا اذا كان الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر التوكيل واخذ منه ثانيا فانى ضامن بهذا المال فيصير الوكيل كفيلا بمال قبضه الداين المنكر ثانيا لان اضافة الضمان الى زمان القبض جائز لابمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة في يده بتصادقهما على انه وكيل والامانات لا يجوز بها الكفالة وظاهر المتن انه لارجوع على الوكيل حالة الهلاك الااذا ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لوقال له قبضت منك على انى ابرأتك من الدين كما في التنوير (اودفع اليه على ادعائه) حال كونه (غير مصدق وكالته) سواء كان مكذبا اوساكتا فانه يرجع عليه لانه انما دفع له على رجاء الاجازة فانقطع رجاؤه رجع عليه وفي التنوير فان ادعى الوكيل هلاكه اودفعه لموكله صدق بحلفه وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الامانة لايؤمر بالدفع اليه) لان تصديقه اقرار بمال الغير ولانه مأمور بالحفظ لا بالدفع بخلاف الدين فاذا لم يصدقه لايؤمر بالدفع اليه بالاولى وفي المنح تفصيل فليراجع (وكذا) اى مثل ماذكر من الحكم (لو صدقه في دعوى شرائها من المالك) يعني لوادعى انه اشترى الوديعة من مالكها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه (ولو صدقه في ان المالك مات وتركها) اى الوديعة (ميراثا له امر بالدفع اليه) اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فلو انكر موته اوقال لا ادري لايؤمر بالتسليم اليه مالم تقم البينة هذه المسئلة قد تقدمت في اواخر القضاء فكان ذكرها هنا تكرارا تدبر (ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الداين ولا بينة له)

اى للمديون على استيفاء الدائن (امر بدفعه اليه) اى امر الغريم بدفع المال الذي عليه الى الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وجعلوا دعواه الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين وبالوكالة والا لما اشتغل بذلك كما اذا طلب من الدائن وادعى الايفاء فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط في بعض الحدود فانه لا يقبل لان جوابه تسليم للحدود كما في المنح (ولا يستحلفه) اى الوكيل (انه ما يعلم استيفاء موكله) الدين لانه نائب عن الوكل والنائب لا يجرى عليه الحلف خلافا لزفر (بل يتبع) الغريم بعد ما دفع المال الى الوكيل (رب الدين ويستحلفه) اى رب الدين (انه ما استوفى) فان حلف بقى الحكم على حاله وان نكل بطل الحكم فيسترد فيه ما قبض (ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضى به) اى بالعيب (لا يؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشترى) والفرق بين هذه وما تقدم من مسئلة الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عن نكوله فههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند الامام كما هو مذهبه في العقود والفسوخ ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما فيجب ان يتحد الجواب في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف ان يؤخر في الفصلين وفي المنح فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب في هذه المسئلة فحضر الموكل وصدقه على الرضاء كانت لازمة للبائع عند الكل على الاصح (ومن دفع اليه رجل آخر عشرة) دراهم (ينفقها على اهله فانفق عليهم) اى على اهله (عشرة) اخرى (من عنده فهى بهذه) اى العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك قيل هذا استحسان وفي القياس وهو قول الائمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعا لانه خالف امره وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه كما في الاصلاح وظاهر كلامهم انه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال في النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وفي التنوير وصى انفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو اى الوصى متطوع في الانفاق الا ان يشهد على انه انفق قرض عليه او انه يرجع عليه فلا يكون متطوعا وله ان يرجع .

(باب عزل الوكيل)

وجه تأخيره ظاهر (للموكل عزل وكيله) عن الوكالة لانها حقه فله ان يبطله (الا اذا تعلق به) اى بالتوكيل (حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم) فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما فى القهستانى والى انه بطل تعليق العزل بالشرط (ويتوقف انعزاله) اى انعزال الوكيل (على علمه) اى علم الوكيل ثم فرعه بقوله (فتصرفه) اى تصرف الوكيل (قبله) اى قبل العلم بانعزاله (صحيح) لان فى انعزاله بغير علم اضرارا به اذ ربما يتصرف على انه وكيل فيلحقه العهدة وكذا لو عزل الوكيل نفسه لا يجوز بدون علم الموكل وعند الائمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه الا فى قول عنهم ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لا يكون عزلا الا ان يقول والله لا اوكلك بشئ ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة وبكتابته وارساله رسولا عدلا او غير عدل حرا او عبدا صغيرا او كبيرا اذا قال رسول الموكل ارسلنى اليك لابلغك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولى بالعزل فلا بد من احد شرطى الشهادة اما العدد او العدالة وفى الدرر قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له ويسمى هذا وكيلا دوريا ولو اراد عزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى لا يكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة فح ينعزل لان ما لا يكون لازما يصلح الرجوع عنه والوكالة منه كما فى التبيين وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه الى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ (وتبطل الوكالة بموت الموكل) هذا اولى من عبارة الوقاية بموت احدهما لانه قال صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فائدة تركته لكن يمكن ان الوكيل لو مات لحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه وان لم يكن فللموكل فى رواية ولوصى القاضى فى اخرى كما فى القهستانى ففيه فائدة (وجنونه) اى جنون الموكل وكذا جنون الوكيل (مطبقا) اى مستوعبا (وحده) اى حد المطبق (شهر عند ابى يوسف) وكذا عند الامام فى قول وعليه الفتوى كما فى المضمرات (وحول عند محمد) وكذا عند الامام فى قول (وهو المختار) لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكوة فقدر به احتياطا (و)

تبطل (بلحاقه) اي لحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) عند الامام لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة (خلافا لهما) فان تصرفاته نافذة عندهما الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم وان حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافا لابي يوسف كما في القهستاني وفي المنح فظاهر كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك بل لابد من استثناء مسائل من هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع المرهون عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كما لو وكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء وتمامه فيه فليراجع (وكذا) تبطل وكالته (بعجز موكله) حال كون الموكل (مكاتبا) اي اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن اداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله لانه رفع تصرفه في ماله الغير بلا امره (وحجره) اي حجر الموكل حال كونه (عبدا ماذونا) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه موكله وفي القهستاني واما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لا لماطق ان في ما بعده لم يشترط علم الوكيل وفيه اشعار بان المكاتب او الماذون اذا وكل رجلا بالتقاضي او الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز او الحجر كما في النهاية (و) تبطل الوكالة في حق من لم يوكل صريحا من الشريكين بسبب (افتراق) هذين (الشريكين) عن الشركة اي ينفذ عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر انه عزل حكمي والعلم شرط للعزل الحقيقي واطلاقه شامل اما اذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة ضمنية واما اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا للتصرف في المال فلو افترقا فانعزل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل وتمامه في البحر فليطالع (وتصرف) هو بالجر اي وكذا تبطل الوكالة بتصرف (الموكل فيما وكل به) تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شيء او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب او زوج او طلق ثلثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه يعجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها

حيث يكون له ان يوقع الموكل لان ملكه باق بعد كما في الدرر وفي المنح وتعود الوكالة اذا عاد الى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لايكون فسخا لاتعود الوكالة كما لو وكله في هبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره وسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله ان يواجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التجصيص والوصية بمنزلة الوكالة او في اثر ملكه كما لو طلق امرأته فهي في العدة فان تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثاني في العدة وهي اثر ملكه كما تقدم انتهى لكن في قوله اوفي شيئان الاول انه معطوف على قوله عاد وهو ظرف للعود ولا عود في صورة بقاء الاثر والثاني انه يلزم التكرار بما سبق من قوله وبتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهي في العدة الى آخره تدبر (ولا يشترط في الموت ومابعده) من الجنون واللحوق في دار الحرب والعجز وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به (علم الوكيل) لما مر ان العلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي كما في اكثر المعتبرات قال يعقوب باشا وهنا كلام وهو ان في الكافي مسئلة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي ايضا وتمامه فيه فليطالع

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هي واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها وبعضهم قال الفتح اولى وبعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفي الكافي يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطاء والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لاغير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول الناس يافلان انتهى ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة (هي) اي الدعوى في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حال المسالمة او المنازعة مأخوذ من قولهم ادعى اذا اضاف الشيء الى نفسه بان قال لي ومنه دعوة الولد وفي الشرع يراد به اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة لاغير كما في المبسوط وقيل هي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي الشرع مااختاره المص تبعا للوقاية بقوله (اخبار) عند القاضي او الحكم فانه شرط كما في الكافي

وغيره (بحق) معلوم فانه شرط (له) اى للخبر (على غيره) اى فى الى خبر المخبر الذي هو حاضر لحاضر في الدعوى وغيره وشرطها مجلس القاضي وحضور خصمه ومعلومية المدعى وكونها ملزمة وكون المدعى بما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا الاطلاق احسن لانه خرج عن شئ كما في القهستاني الاان يقال عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضي ماخوذا في مفهوم الدعوى وهي مطالبة حق عند من له الخلاص وللا يخرج من التعريف فلا ينعكس الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضي الى القاضي في مجلس القاضي الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب في الكتاب سبب الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة الى آخره مع انه اخبار بحق له على غيره وليس بحاضر واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشئ خارج عن ذلك الشئ تأمل (والمدعى) شرعا (من لا يجبر) اى لا يكره (على) هذه (الخصومة) اى المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصم من وجه آخر كما اذا قال قضيت الدين بعد الدعوى فانه لا يجبر على هذه الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكرا معنى وان مدعيا صورة ولذا قال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهو الصحيح ذا الاعتبار للمعاني ولا يشكل بوصي اليتيم فانه مدعى عليه معنى مع انه لا يجبر القاضي على الخصومة لليتيم كما في القهستاني واعلم انهما بذلك وعدل عما اقتضى العرف اشارة الى اختلاف المشايخ فيهما فقيل المدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه وهذا حاصل ما ذكر في هذا المتن قال ابو المكارم والتعريف المذكور ان كان عاما صحيحا كما قال في الهداية لكنه تعريف له بامر حكمي انتهى وقيل المدعى من لا يصدق الا بحجة والمدعى عليه خلاف هذا ولذا قال لو ادعى كل احد لادعى اسوة ولذا قال رسول الله عليه السلام وقيل المدعى من لا يستحق الا بينة والمدعى عليه من يكون مستحقا بلا حجة اذ قوله هو لو يكون له على ما كان ما لم يثبت المدعى استحقاقه وقيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر وهو الامر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كالعدم الاصلي انتهى اذ لا غرض على من له اليد بحق المدعى بعد دعواه كما لا يعرض الوجود على العدم الاصلي فلا يلزم عليه ما قال بعض الفضلاء ومنهم من قال المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ولا يلزم ان يكون امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولا يلزم ان يكون عدما اصليا انتهى لان المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل في ظهوره ووجوده وبالعدم الاصلي عدم كونه محتاجا اليه اصلا فالمودع الذي يدعى رد الوديعة

اى المودع لايكون مدعيا حقيقة وكذا لايكون المودع بانكاره الرد منكرا حقيقة لانه بانكاره يدعى شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما انكره معنى من الضمان لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ الاعتبار للمعانى دون الصور كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (ولا تصح الدعوى الا بذكر شئ) اى قول دين او عين (علم جنسه) اى جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها (وقدره) مثل كذا وكذا درهما اودينارا او كرا قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد اوردى فى دعوى الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف اليمين كما سيجئ وفيه اشارة الى انه لوكتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما فى القهستانى فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما فى الخزانة (فان كان) المدعى (دينا) اى حقا فى الذمة (ذكر) المدعى (انه يطالبه به) اى ان المدعى يطالب المدعى عليه بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضى المدعى عليه على ايفاء حق المدعى وليس للقاضى ذلك الا اذا طالبه به فامتنع (وان كان) المدعى (عينا نقليا) اى منقولا (ذكر) المدعى (انها) اى العين (فى يد المدعى عليه بغير حق) دفعا لاحتمال ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن فى يده قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم وفى حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف صاحب الدرر واعتراض عليه فليطالع (وانه) اى المدعى (يطالبه) اى المدعى عليه (بها) اى بالعين (ولا بد من احضارها) اى يكلف احضار العين المنقولة (ان امكن) الاحضار (ليشار اليها) اى الى العين (عند الدعوى وعند الشهادة او الحلف) لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كما فى البحر وغيره لكن على رواية والا فقوله وان تعذر يذكر قيمتها يغنى عنه تدبر وفى المجتبى معزيا الى الاسبيجابى فى مسئلة الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل الشهادة خلافا لهما ثم قال وهذه المسئلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة فى لونها ثم قال وهذه المسئلة الناس عنها غافلون لكن ليس فى ذلك دليل على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لا يشترط احضارها والقيمة كافية كما فى البحر (وان تعذر) اى تعذر احضار المنقولات بان كانت

هالكة اوقائمة (يذكر قيمتها) ليصير المدعى معلوما بها لان العاين لا يعرف الا بالوصف والقيمة قال ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة او الانوثة في الدابة هذا اذا ادعى العين اما اذا ادعى قيمة شئ مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه واختلفوا في بيان الذكورة والانوثة في الدابة قال العمادي ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل ولم يذكر قيمة كل على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لانه لوقال غصب مني عينا كذا ولا ادرى انه هالك او قائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما في الكافي فان عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان اولى وفي التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى وقيل يشترط ذكر القيمة اذا كانت الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع وفي التنوير وفي دعوى الايداع لابد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفي الغصب ان كان له حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب والا لا وفي دعوى المثليات لابد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب (وفي العقار لا يحتاج الى قوله بغير حق) كما يحتاج اليه في المنقول ولكن يذكر ان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته لكن سؤال صدر الشريعة باق على ماقاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد مافي القهستاني من قوله ويزيد في العقار الصاحبه بعض المشايخ كما في قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير انتهى لكن اختلاف المشايخ في الفتوى كما سيأتي تتبع (ولا تثبت اليد) اي يد المدعى عليه (فيه) اي في العقار (بتصادقهما) اي لا تثبت بتصادق المدعي والمدعى عليه على انه في يده (بل) تثبت اليد فيه (ببينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل (او علم القاضي) انه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة ولا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت بتصادقهما (في الصحيح) احتراز عما قيل ان اليد تصح بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم وفي العمز شهدوا انه يملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتى بالقبول قال الزاهدي اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا تقبل لانه ان لم يثبت انه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتى اكثر المشايخ وقيل يفتى في المنقول لا في العقار حتى يقولوا انه

فى يده بغير حق فالصحيح الذى عليه الفتوى انه تقبل فى حق القضاء بالملك لا فى حق المطالبة بالتسليم وتمامه فيه فليراجع وفى المنح وليس ماذكر من اشتراط ثبوت اليد فى العقار بالبينة اوالعلم مطلقا فى جميع الصور بل اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العقار اما دعوى الغصب والشراء فلايشترط ثبوت اليد (ولابد فيه) اى فى العقار (من ذكر البلد والمحلة) وفى الفصولين فى دعوى العقار لابد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختيارا لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم (و) لابد من ذكر (الحدود الاربعة فى الدعوى والشهادة واسماء اصحابها) اى اصحاب الحدود (ونسبهم الى الجد) ليتميزوا عن غيرهم لان تمام التعريف يحصل به فى الصحيح من مذهب الامام هذا اذالم يكن مشهورا (وفى الرجل المشهور يكتفى بذكره) لحصول المقصود به (فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان الاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما وقد يكون بثلاثة روى عن ابى يوسف يكفى الاثنان وقيل الواحد (وان ذكره) اى الحد الرابع (وغلط فيه) اى فى الحد الرابع (لا) يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه وفى المنح وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد انى غلطت فيه اما لو ادعاه المدعى عليه لاتسمع ولاتقبل بينته وتمامه فيه فليطالع (واذا صحت) اى اذا جازت وقامت دعوى المدعى برعاية ماسبق (سأل القاضى الخصم) اى المدعى عليه (عنها) اى عن دعواه ليتضح وجه حكمه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان اقر) اى الخصم (حكم عليه) اى على الخصم اى يحكم القاضى بالخروج عن موجب ما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه فلايتوقف فى صدقه على الحكم من القاضى ولذا قال فى الاصلاح فان اقر فيها ولم يقل حكم (وان انكر) الخصم انكارا صريحا اوغير صريح كما اذا قال لا اقر ولا انكر فانه انكار عندهم وماروى انه اقرار غير ظاهر فيحبس حتى يقر فغلط كما فى القهستانى لكن قال السرخسى وعند ابى يوسف يحبس الى ان يجيب وفى البحر والفتوى على قول ابى يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما فى القنية والبزازية فلذا افتت بانه يحبس الى ان يجيب وتمامه فيه فليراجع (سأل) القاضى (المدعى البينة) فى دعواه (فان اقامها) اى ان اقام المدعى البينة يحكم القاضى على خصمه لانه نور دعواه بالبينة فهى فيعلة من البيان او البين اذ بها يظهر الحق من الباطل ويفصل بينهما (والا) اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها (حلف) اى حلف القاضى (الخصم)

وهو المدعى عليه (ان طلب خصمه) اى طلب المدعى تحليف المدعى عليه لانه عليه السلام قال للمدعى الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فقال انه فاجر ولا يبالى فقال عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا لاضافته اليه بلام التمليك فيد تحلف القاضى لان المدعى عليه او تحلف بطلب المدعى عينه بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى وهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضى فلو رضى عليه تحمل والا تحلف ثانيا عند القاضى ولا يحلف قبل طلبه عند الطرفين فى جميع الدعاوى وكذا عند ابى يوسف الا فى مسائل فى الرد بالعيب يحلف المشترى بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما ابطلت شفعتك والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئا ولا اعطاك النفقة والمستحق يحلف بالله ما بعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضى بلا طلب الوصى والوارث (فان حلف) المدعى عليه (انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) اى اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان اقامها بعد الحلف تقبل قال عليه السلام اليمين الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة او حاضرة فى البلد ولم تحضر ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من ان البينة لا تسمع بعد اليمين كما فى الدرر وغيره (وان نكل) عن اليمين (مرة) اى قال لا احلف (او سكت بلا آفة) من خرس او طرش او غيره فان السكوت بلا آفة نكول حكما هو الصحيح كما فى السراج (وقضى) اى قضى القاضى له عليه بالمال (بالنكول) اى بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع فى نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلثا) بان يقول له فى كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (احوط) لما فيه من المبالغة فى الانظار ولا عبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ويعتبر قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلثا وفيه اشعار بانه لا بد ان يكون النكول فى مجلس القضاء والقضاء به وبدونه لا يوجب شيئا كما فى البيين وفى المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاف لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوما او يومين او ثلاثة فلا بأس به وهو قول الائمة

الثلاثة وفي المنح ولم ارفيه ترجيحا وفي البحر واما المذهب فانه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى انتهى (ولا ترد يمين على مدع) اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وعند الائمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان حلف قضى له والالا (ولا يقضى بشاهد ويمين) وقال الشافعي لو اقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له والالا لان النبي عليه السلام قضى بشاهد ويمين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعى واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهور كأنه كالمتواتر وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوي واول من قضى به معاوية رض ولم يقع العمل به الى زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لوقضى القاضى به لا ينفذ (ولا يحلف في نكاح) اى نفس النكاح اوالرضى به اوالامر به فلوادعى احد من الزوجين بلابينة نكاحا على الآخر وهو منكره (ورجعة) بان يدعى احد الزوجين بعد العدة على الآخر انه راجعها في العدة والآخر ينكرها فان ادعى الرجعة في العدة يثبت بقوله في الحال كما في القهستاني (وفئ وايلاء) كما في نسخة المص لكن الاولى كما في سائر المتون وفئ ايلاء بدون الواو اى في الرجوع في مدة الايلاء بان يدعى احدهما على الآخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها في مدته والآخر منكر وفي القهستاني فان اختلفوا قبل المدة ثبت الفئ بقوله (واستيلاد) اى طلب ولد بان يدعى احد من الامة والمولى اوالزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا اوميتا كما في قاضيخان لكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان النسب ثبت باقراره ولاعبرة لانكارها بعده ويمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما في القهستاني (ورق) بان ادعى رجل على مجهول الحال انه رقه اوادعى المجهول انه سيده وانكر الآخر (ونسب) بان ادعى ان هذا ولده اووالده اوهو يدعى عليه والآخر ينكر (وولاء) سواء كان ولاء العتاقة اوولاء الموالاة بان يدعى احد من المعروف والمجهول على الآخر انه معتقه اومولاه فلا يحلف عند الامام في هذه الامور لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بذلا واباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لا يجرى في هذه الامور (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يحلف) لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على تقدير صدقه فاذا امتنع عليه ظهر انه غير صادق في انكاره اذ لو كان صادقا لاقدم عليه ولما كان النكول اقرارا فالاقرار يجرى في هذه الاشياء فيستحلف على صورة انكار المنكر لا على دعوى المدعى حتى ان نكل يقضى بالنكول (وبه) اى بقول الامامين (يفتى)

كما في صحيحان وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي مملا بعموم البلوى وفي النهاية قال المتأخرون ان المدعي اذا كان متعنتا يأخذ القاضي بقولهما وان مظلوما بقوله (ولا) يستحلف (في حد) اتفاقا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة او مغلب حقه تعالى كحد القذف فان حق العبد فيه مغلوب فلو ادعى احد على احد قذفه بالزنا فانكره لم يحلف الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا ذكره الزيلعي وصححه الحلواني خلافا للسرخسي (و) لا في (لعان) ايضا بالاتفاق اذا ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان وانكر الزوج لان اللعان قائم مقام حد الزنا في جانب الزوج فلا يثبت بالنكول الذي هو اقرار مع شبهة (والسارق يحلف) بالاتفاق عند ارادة اخذ المال ويقول فيه بالله تعالى ماله عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول في جوابه ان الحدود لا يستحلف فيه وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وادع المال (فان نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولا يقطع) لان النكول اقرار مع شبهة فيعمل في الضمان دون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل في المال دون القطع (و يحلف الزوج ان ادعت) الزوجة (طلاقا) بلا بينة لها عليه (قبل الدخول اجماعا) لان مقصودها المال والاستحلاف يجري في المال بالاجماع (فان نكل ضمن) الزوج (نصف المهر) وانما وضع المسئلة في الطلاق قبل الدخول لانه لو اطلق ينصرف الى الطلاق الذي يلزم منه المهر تاما ويبقى امر الطلاق الذي يلزم منه نصف المهر مستورا فكشفه اولى مع ان لزوم الحلف في الطلاق بعد الدخول بطريق الاولى فانه اذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده اولى (وكذا) يحلف (في النكاح اذا ادعت) المرأة (مهرها) وانكر الزوج فلو نكل يلزم المهر ولا يثبت النكاح عند الامام بخلاف الطلاق وكذا اذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف فان نكل يلزم النفقة دون النكاح (وفي النسب) اي يحلف في دعوى النسب ان ادعى حقا (كارث ونفقة) بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال والنفقة لا بالنسب ان كان النسب نسبا لا يصح الاقرار به وان كان سببا يصح الاقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما)

كالحجر بان كان صبي في يد رجل الملتقط وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انها اخوها تريد قصر يد الملتقط لمالها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب وكذا العتق بسبب الملك بان ادعى عبد على مولاه انه عتق لانه اخوه اوارادالواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على مايدعى بالاجماع (وفي القصاص) اي يحلف جاحد القود في النفس والاطراف بالاتفاق (فان نكل في) دعوى (النفس) لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر) فيقتص منه (او يحلف) فيطلق عن الحبس والايحبس ابدا (وان) نكل (فيما دونها) اي النفس (يقتص) منه وهذا عند الامام لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا ابيح قطعها للحاجة ولم يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر صاحبها بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى واذا سلك بالاطراف مسلك الاموال يجرى فيه البذل كما يجرى في الاموال كما في اكثر المعتبرات وما قاله ابو المكارم من انه يتوجه عليه حينئذ لزوم قطع يد السارق بالنكول وقدمر انه لايقطع ليس بوارد لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف القطع في السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهة فظهر الفرق بينهما تدبر (وعندهما يضمن الارش فيهما) اي في صورتي دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع في الطرف بما فيه شبهة القصاص كما في النفس فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعى العمد وعند الائمة الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى على انه صادق في دعواه بناء على ما مر من اصلهم (فان قال المدعى لي بينة حاضرة) في المصر (وطلب يمين خصمه لايحلف) عند الامام وهو الصحيح كما في المضمرات وغيره وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه وللامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلايكون حقه دونه ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوي كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر الخلاف تدبر قيدنا بالمصر لانها لو كانت في مجلس الحكم لايحلف بالاتفاق وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق وفي المجتبى وقدرت الغيبة بمسيرة السفر وفي المنح وحضورها في المصر وظاهر مافي خزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى في الدعاوى الصحيحة اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعى لاشهود لي اوشهودي غيب

اومرض وفي البحر ادعى المديون الايصال وانكر المدعي ولابينة له وطلب يمين
المدعي فقال المدعي احلف حتى في الخصم ثم استحلفني فيه ذلك في زمانه (وتاخذ كفيلا)
من الكفيل (بنفسه) اى يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب
فيضيع حقه استحسانا والقياس ان لا كفيل قبل اقامة البينة وهو مذهب الشافعي
وشرطه ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولا يتوهم اخفاؤه بان يكون له دار وحانوت
ملكا له وله ان يطالب وكيلا بالخصومة حتى لو غاب الاصيل تقوم البينة على
الوكيل ويقضي عليه وصح ان يكون شخص واحد وكيلا وكفيلا وان اعطاه ثقة له ان يطالبه
بالكفيل بنفس الوكيل وان كان المدعي مقبولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا
بنفس المخصوص ولا بنفسه المدعي بملكه وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك وفيه
اشارة الى ان القاضي يكفله واول بطلب المدعي وهذا اذا كان المدعي جاهلا
بالخصومة واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضي الا بطلبه (ثلثة ايام) هذا مروي
عن الامام وهو الصحيح كما في الكافي وغيره وصحح في الخانية انه الى جلوس القاضي
مجلسا آخر وقيل يفوض الى رأي القاضي وهو الاشبه برأي الامام ولا فرق
في الظاهر بين الوجيه والحقير وكذا بين القليل من المال والكثير وعن محمد
ان الخصم ان كان شخصا لا يخفى نفسه بهذا القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وقيد
قوله لي بينة حاضرة الا كفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي
او شهودي غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه بل يحلف فاذا حضر بعد ما حلف
قبل بينة المدعي وكذا لو قال المدعي لا بينة لي وطلب يمين خصمه فحلفه
القاضي ثم قال لي بينة فان القاضي يقبل ذلك منه وقيل لا يقبل وفي البحر ادعى
المال ان له بينة حاضرة على الاقوال لا ثلاثة ايام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لي
بينة غائبة يقضي بالقصاص فيها كلا قال وفي الاستحسان ويجعل استعظاما
لامر الدم (فان ابى) عن اعطاء الكفيل (لازمه) مقدار مدة التكفيل
(ودار معه) اى مع الغريم (حيث دار) تفسير الملازمة وفي البحر نقلا
عن الصغرى رأيت في زيادات بعض المشايخ ان الطالب لو امر غيره بملازمة
مديونه فله ذلك ان لا يرضى عند الامام خلافا لهما وجعله فرعا لمسئلة التوكيل
بغير رضى الخصم لكن لا يحبسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق
عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والملازم يدور
معه ودار على المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الى اهله
بل يدخل المطلوب الى اهله والملازم على باب داره (وان كان) المطلوب
(غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضي) الى ان يقوم من مجلسه لان في اخذ
الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا

المقدار ظاهرا فان برهن فى المجلس فبها والا يحلفه ان شاء اويدعه (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق) لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر (وقيل ان الح الخصم صح) اليمين (بهما) اى بالطلاق والعتاق (فى زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما فى الهداية لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا حتى لوقضى لا ينفذ وانما اتى بصيغة التمريض لان اكثر مشايخنا لم يجوزه وفى البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق وهو ظاهر الرواية وفى الخانية ومنهم من جوزه فى زماننا والصحيح مافى ظاهر الرواية انتهى (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته تعالى) اى صفات الله تعالى مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه (ان شاء القاضى) لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار فى صفة التغليظ الى القاضى يزيد فيه ماشاء وينقص ماشاء الا انه يحتاط (ويحترز من التكرار) اى يحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض والا تتعدد اليمين واواخره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها واولم تغلظ جاز وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وقيل تغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) تغلظ (بزمان) على المسلم بان يستحلف فى اول الجمعة اوآخرها اوليلة القدر لان فيه تأخير المدعى (اومكان) بان يستحلف بمسجد الجامع عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زائدة على النص وفى الحاوى القدسى ولا يستحب تغليظ اليمين بهما انتهى وظاهره انه مباح لانه نفى الاستحباب وهو لا يستلزم نفى الاباحة بخلاف العكس لكن قال الزيلعى فلا يشرع فتدبر وعند الائمة الثلاثة يجوز ان تغلظ بهما ايضا ان كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم (ويحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام و) يحلف (النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد عليه بذكرها ليفيد فائدة اليمين وقيل ان المجوسى حلف بالله لا غير كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس لان ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها ومالا ينبغى ان يعظم بخلاف الكتابيين لان كتب الله معظمة وعن الامام انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) فحسب اذ نقر بالله تعالى

انه خالقه لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا وفي المح وغيره ويشكل عليه ان الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة في الآية على ما ذكر لان الوثني يعتقد غير الله تعالى ويعتقد ان الله تعالى خالقه انتهى لكن عكن ان الدهري هو من يقول بقدم الدهر واسناد الحوادث اليه ويقولون ان مبدأ الممكنات هو الله تع كما قيل فلا يلزم عدم اعتقاد الله تع وعدم دلالة النص ولان الدهري يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى فلا يلزم عدم اعتقادهم تأمل (ولا يحلفون) اى الكفار (في معابدهم) لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع الشياطين لانه ليس له حق الدخول وفي البحر وقد افتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود (و) يحلف (المدعى عليه على الحاصل) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل وكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين وعلى السبب عند ابى يوسف كما يأتي ثم شرع في تفصيله فقال (في البيع والنكاح) يحلف (بالله ما بينكما بيع قائم) في الحال اذا ادعى انه اشتراه (او نكاح قائم في الحال) اذا ادعت المرأة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما في الحلف واما عند الامام لا يحلف كما مر (وفي الطلاق) بالله (ما هي بائن منك الآن) اذا ادعت الطلاق البائن فلو ادعت رجعيا حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر انه يحلف على الحاصل في الظاهر وقد اشير بان سبب الحاصل كالحدوث في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل آخر من الافعال الحسية كما في القهستاني (وفي الغصب) بالله (ما يجب عليك رده) اى رد المغصوب (وفي الوديعة) بالله (ماله هذا الذي ادعاه في يدك وديعة ولا شيء منه) اى من الذي في يدك (ولا له ذلك حق) وفي الاختيار ويحلفه في الدين بالله ماله عليك من الدين والقرض قليل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض او ابرأه منه فلا يحنث في يمينه على الجمع (لا) يحلف (على السبب نحو) ان يقول في البيع (بالله ما بعته) لاحتمال انه باع ثم اقال ولا يحلف في النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها او ابانها ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم نكحها ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال انه غصب ثم سلم او ملك بالهبة او بالبيع ولا يحلف في الوديعة بالله ما اودعك هذا لاحتمال انه اودع ثم رده او هلك في يده بغير صنعه وفي هذه

الصور لايحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لوحلف مثلا على نفي البيع يكون كاذبا ولولم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة وهكذا في البوا في (خلافا لابي يوسف) فان عنده يحلف على السبب في جميع ذلك لان اليمين تستوفى لحق المدعى فوجب ان يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعى هو السبب الا عند تعريض المدعى عليه بان قال للقاضي لاتحلفني فان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيله فح يحلف القاضي على الحاصل قيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى الحاكم كما في الكافي وغيره (فان كان) والانسب بالواو (في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعى حلف على السبب اجماعا) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لايراهما) اى لايرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب بالله مااشتريت هذه الدار وماهى معتدة منك اذ لوحلف على الحاصل بالله لاتجب الشفعة عليك وبالله لاتجب عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعى لايقال ان المدعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لانه لابد للقاضي من الاضرار باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض السقوط والمدعى بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (في سبب لايرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى العتق) اى العتق الواقع في اسلامه على مولاه وهو ينكره (فيحلف على السبب بالله مااعتقه) ليوافق اليمين الدعوى وليس فيه ضرر المدعى عليه اذ لايتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد يقتل والهرب الى دار الحرب نادر الا انه رواية عن ابي يوسف وفي الاختيار ومن الافعال الحسبة ان يدعى على غيره انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه اواجرى ميزابا على سطحه اوفى داره اورمى ترابا في ارضه اوشق في ارضه نهرا فانه يحلف على السبب بالله مافعلت كذا لان هذه الاشياء لاترتفع (بخلاف) العبد (الكافر والامة) فيحلف على الحاصل بالله ماهو حرا وماهى حرة الآن لان الرق يتكرر على الامة بالردة واللحاق والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبي وعن ابي يوسف يحلف على السبب وتمامه في الذخيرة (ومن ورث شيئا) من عين علم ذلك بعلم القاضي اواقرار المدعى اوبينة المدعى عليه (فادعاه آخر) ولابينة للمدعى واراد تحليف الوارث (حلف على العلم) اى علم

المدعى عليه فقال له المدعي بالله ما تعلم ان هذا العين له لا على البتات لان الوارث لا يعلم ما صنعه المورث وفيه ايماء الى انه لا تحلف وارث الدين قبل وصوله اليه الا في الخصاف والاول المختار صدر الفقيه وقاضيخان والى انه لو لم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين في يده كما في القهستاني (وان شراه اووهبه له فعلى البتات) اي يحلف المدعى عليه على البتات بالله ماهو عنده والاصل فيه ان التحالف على فعل نفسه يكون على البتات اي انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره على العلم اي انه لا يعلم انه كذلك الا انه اذا كان شيئا يتصل بالحالف كما اذا ادعى سرقة العبد او اباقه يحلف البائع على البتات بالله ما ابق او ما سرق في يدي وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه سليما عن العيوب واجب على البائع فالتحليف يرجع الى ما ضمن البائع نفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم اي انه لا يعلم انه اشتراه قبله كما في المنح وغيره (ولو افتدى المنكر عنه او صالح منها) اي عن اليمين (على شيء صح) الافتداء والصلح ان رضي به الخصم لان عثمان رضي الله عنه اعطى شيئا لمن ادعى عليه اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذ لو حلف لوقع على القيل والقال اذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال واذا افتدى صان عرضه لقوله عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم يعني ادفعوا وامنعوا (ولا يحلف بعده) اي ليس للمدعي ان يحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه وفيه اشعار بانه لا يجوز ان يدفع اليمين لانها ليس ما لا فيه ان يستحلفه بعد ذلك وفي التنوير ولو اسقطه اي اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف او تركته عليه او وهبته لا يصح وله ان يحلف

(باب التحالف)

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين بعد الواحد (ولو اختلفا) اي المتبايعان (في قدر الثمن) بان قال المشتري اشتريت بالف وقال البائع بعت بالفين مثلا (او في) قدر (المبيع) بان قال البائع بعت عبدا وقال المشتري عبدين وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن او في الجنس كما في الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان اشمل (او فيهما) اي في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع بعت عبدا بالفين وقال المشتري لا بل بعت عبدين بالف (حكم لمن برهن) اي يحكم القاضي لمن اقام البينة منهما لان الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى

(وان برهنا) اى اقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) اى يحكم لمثبت الزيادة لانه خالص عن المعارض اما اذا كان الاختلاف فى احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البايع فى الثمن الاكثر وحجة المشترى فى المبيع الاكثر اولى فيحكم بعبدين للمشترى وبالفين للبايع (وان عجزا) اى البايع والمشترى (عن) اقامة (البرهان قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر والافسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذا وجه فى طريق قطع المنازعة فيجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ (فان لم يرض) والانسب بالواو (احدهما بدعوى الآخر تحالفا) اى استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان قال قبل القبض فهو قياسى لان كلا منهما منكر واما بعده فاستحسانى فقط لان المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم بقى دعوى البايع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا كما فى البحر وغيره لكن ما فى القهستانى نقلا عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشترى ينكر وجوب تسليمه والقياس ان يصح لانه ملك المبيع ولا يصح بعد قبضه قياسا واستحسانا مخالف لما فى البحر وغيره تدبر وانما قال المص فان لم يرض احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما فى الكنز وغيره لان شرط التحالف عدم رضى واحد لا عدم رضى كل منهما كما لا يخفى كما فى البحر وغيره فعلى هذا ما قاله صاحب الفرائد من انه كان المناسب وان لم يرضيا الى آخره ليس بوارد تدبر (وبدئ) اى يبدأ القاضى (بيمين المشترى) فى الصور الثلث لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر وابى يوسف آخرا وهو رواية عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب بالثمن فيكون هو البادى بالانكار وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وهو قول الشافعى فى الاصح وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن فالقاضى مخير للاستواء وعن هذا قال (وفى المقايضة) اى فى بيع العين بالعين يبدأ القاضى (بايهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات (ومن نكل) من البايع والمشترى (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة فتقوية القضاء يكون حجة ملزمة (وان حلفا) اى المتبايعان (فسخ القاضى البيع بطلب احدهما) او كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف

وقيل ينفسخ والاول هو الصحيح لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقى بيع بمجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ فى فاسد البيع فلو كان المبيع جارية وطئها ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له وقيد بطلب احدهما لانه لا يفسخه بدون طلب احدهما واو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وان فسخ احدهما لا يكفى كما فى البحر (ولا تحالف لو اختلفا فى الاجل) سواء كان فى الاجل اوفى قدره خلافا لزفر والشافعى (او) اختلفا (فى شرط الخيار) سواء كان فى وجوده بان قال احدهما البيع بالخيار والآخر ينكره اوفى مدته (او قبض بعض الثمن او كله) اى لا تحالف عند اختلافهما بان قال المشترى اديت بعضه او كله والبائع ينكره (وحلف المنكر) فى الصور الثلث لان هذا اختلاف فى اداء الثمن لا فى الثمن كما اذا وقع الاختلاف فى اداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف (ولا) تحالف لو اختلفا فى قدر الثمن (بعد هلاك) كل (المبيع) فى يد المشترى لانه لو هلك فى يد البائع تحالفا على القائم عندهم (وحلف المشترى) عند الشيخين على الصحيح هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لان المبيع فى احد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن وهذا اذا هلك بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان اتفاقا (وعند محمد) والشافعى (يتحالفان ويفسخ) العقد (وتلزم القيمة) اى قيمة الهالك يوم القبض لان كلا منهما يدعى حقا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس ولا يتعدى الى حال هلاك السلعة وفى القهستانى نقلا عن المبسوط وهلاكه شامل لخروجه عن ملك المشترى او زيادته زيادة متصلة متولدة او غير متولدة او منفصلة متولدة فانه لا يتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ على العين فى المتصلة المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة فى متصلة غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة فى المنفصلة المتولدة كالثمر واما فى منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع (وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو) اى المبيع (قائم) يعنى او تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده مع العيب ثم اختلفا فى الثمن لا يتحالفان عندهما بل القول للمشترى وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك وكذا

او خرج المبيع عن ملكه (ولا تحالف بعد هلاك بعضه) اى بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الامام كعبدين مات احدهما قبل نقد الثمن عند المشترى فقال البائع الثمن الف وقال المشترى بل خمسمائة لان التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشترى لانكاره زيادة الثمن (الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا ويجعله كان لم يكن والعقد كانه على القائم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان وهو قول عامة المشايخ فالاستثناء ينصرف الى قوله لا تحالف كما هو الظاهر وهو الموافق لما فى المبسوط وفى الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما لم يتحالفا والقول للمشترى مع يمينه عند الامام الا ان يشاء البائع ان يأخذ حصة الحى ولا شئ له قال ابو المكارم ومعنى لا شئ له على قول هؤلاء المشايخ ان لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا على ما صرح به فى الكافى وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لا يأخذ البائع من الزيادة المتنازع فيها وانما يأخذ عن الهالك بعد ما اقر به المشترى فالاستثناء ينصرف الى قوله مع يمينه فانه اذا اخذ ما اقر به المشترى واخذ الحى فقد صدق المشترى وارتفع الخصومة فلا يحلف المشترى ولا يخفى ان الاستثناء المذكور فى المتن لا يصلح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه اخذ البائع الحى وفى تقديره تعسف (وعندهما يتحالفان ويرد الباقى) ان حلفا لكن اختلفوا فى تفسير التحالف عند ابى يوسف قيل يتحالفان على القائم لا الهالك لان العقد ورد فيه لا فى الثانى وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا البائع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى يكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه ان يحلف على القائم والهالك ويقول اولا بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيهما المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى على القائم والهالك لانهما انما يجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ فى الهالك عنده فيقسم الثمن الذى اقر به المشترى عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما ويرد القائم مع قيمة الهالك يوم القبض لان هلاك الكل لا يمنع

انحالف حتى‌بعد على ماس وهلاك البعض اولى (والقول للمشترى) مع يمينه اذا اختلفا (فى حصة الهالك عند ابى يوسف ولزم قيمته) اى الهالك (عند محمد) لما مر (ومحرقيمتهما) اى قيمة القائم والهالك (فى الاقسام) اى انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فان استويا يلزمه نصف الثمن الذى اقربه المشترى وان اختلفت القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته ويلزمه حصة الهالك بقدر قيمته (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشترى قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البائع على عكسه (فالقول للبائع) مع يمينه لان البائع بدعواه يسقط فى ما كان واجبا والمشترى بدعواه يسقط ما كان واجبا وكان البائع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله (فان برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) اى برهان البائع (اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لانها تثبت الزيادة فى قيمة الهالك (وان اختلفا) اى المتعاقدان (فى قدر الثمن بعد اقالة البيع) فقال المشترى كان الثمن الفا وقال البائع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفا وعاد البيع) الاول حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة ولا يجب على كل واحد منهما ان يرد على صاحبه شيئا (ان لم يقبض البائع المبيع) قيل يعنى انه لا تحالف فى اقالة البيع لان التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ فى حق العاقدين فلم يتناوله النص واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا لان كل واحد مدع ومنكر على ما مر فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى ولا كذلك بعد القبض فانه على خلاف القياس وعلى هذا قال (وان قبضه) اى قبض البائع المبيع بعد الاقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين ويكون القول للمنكر (خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا (ولو) اختلفا (فى قدر رأس المال بعد اقالة السلم) لا تحالف (فالقول) مع يمينه (للمسلم اليه) اى فى قدر رأس المال لانكاره الزيادة اعتبارا لسائر الدعاوى (ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع (ولو اختلف) اى المؤجر والمستأجر (فى قدر الاجرة) بان قال المستأجر درهم وقال المؤجر درهمان (او المنفعة) بان قال المؤجر مدة الاجارة شهر وقال المستأجر شهران (او فيهما) اى فى قدر الاجرة والمنفعة معا بان قال المؤجر آجرتك الدار شهرا بدرهمين وقال المستأجر استأجرتها شهرين بدرهم (قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا) اذ الاجارة مقيسة على البيع لان العين المستأجرة فى الاجارة

قائمة مقام المنفعة فى ايراد العقد وكذا الامر فى فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائما تقديرا (و بدأ بيمين المستأجر ان اختلفا فى الاجرة) لكونه منكرا وجوب مايدعيه الموجر من الزيادة (و) بدأ (بيمين الموجر او) اختلفا (فى المنفعة) لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة وفيه اشعار بانه يحلف اولا من يدعى اولا ان اختلفا فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء اقرع بينهما كما فى البيع (وايهما نكل لزمه دعوى الآخر) كما هو مقتضى النكول (وايهما برهن قبل) برهانه (وان برهنا فحجة المستأجر) اولى لو اختلفا (فى المنفعة وحجة الموجر) اولى لو اختلفا (فى الاجرة) نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما فى فضل يدعيه لو اختلفا فى الاجرة والمنفعة معا بان ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستأجر ان مدتها شهران بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان) اتفاقا (والقول للمستأجر) مع يمينه لانكاره الزيادة هذا عند الشيخين ظاهر لان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس فلا يقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف على اصلهما بخلاف ما فى صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) اى بعض المنفعة (يتحالفان فيما بقى اعتبارا للبعض بالكل (وتفسخ) الاجارة (فيما بقى) من المنافع لامكان الفسخ وهذا لانه فى ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الامام الا ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقى من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض فيتحالفان فى حقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع اليمين (فيما مضى) لانه منكر بما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة (وان اختلفا) اى المولى والمكاتب (فى قدر بدل الكتابة) بعد ما اتفقا على عقد الكتابة (لا يتحالفان) عند الامام لان التحالف فى المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن فى معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت وان اقاماها فبينة المولى اولى لاثباتها الزيادة

لكن يصدق باداء قدر ما رهن عليه ولا يمنع وجوب بدل الكتابة بعد عجزه
كما او كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكانوا الحق البدل بعد
الاداء كما في البحر (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (يتحالفان وتفسخ)
الكتابة لاختلافهما في بدل عقد يقبل الفسخ فكان كما له السلم (وان اختلف
الزوجان في متاع) اهل (البيت) والمراد بالمتاع هنا ما يتمتع به من نفسه
او ما يحصل منه كالثمار ونحوه وادعى كل انه له ولا بينة لاحد (فالقول لها)
اي للزوجة بالاختلاف مع اليمين (فيما صلح لها) اي ما يختص بالنساء عادة
كالدرع والاسورة والخمار والملاءة والخلخال والحلي ونحوها لان الظاهر
شاهد لها الا ان يكون الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء فالقول له لتعارض الظاهرين
(وله) اي القول للزوج مع اليمين (فيما صلح له) كالعمامة والقلنسوة والقباء
والسلاح والكتب ونحوها لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صانعة
او بايعة ما يصلح له فلا يقبل قوله وفي الخانية او احدهما في متاع النساء واقاما البينة
تقضى للزوج (او) فيما صلح (لهما) اي القول للزوج فيما اختص بهما
كالمنزل والفرش والرقيق والاواني والعقار والمواشي والنقود لان الزوجة
وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها
فان الاختصاص اقوى من اليد وفي البحر ومنه علم ان البيت للزوج الا ان يكون
لها بينة وفي الخانية ولو اقاما البينة يقضى بينتها لانها خارجة معنى واطلق
الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحربي والمملوكين والمكاتبين
كما سيأتي والصغيرين اذا كان الصغير يجامع وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح
وما بعد الفرقة وما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما خاصة لان العبرة لليد
لا للملك وفي القنية افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة
والزوج عالم به ساكت ثم ادعاه فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل
انتهى ومنه علم ان سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح له لا يبطل دعواه
كما في البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه في متاع
النساء فهو بينهن على السواء ان كن في بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن في بيت
على حدة فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشترك
بعضهن مع بعض كما في خزانة الاكمل هذا اذا كانا حيين (وان مات احدهما)
اي احد الزوجين ثم اختلف وارثه مع الحي فالجواب في غير المشكل على ما مر
(والقول في المشكل) اي فيما يصلح لهما (للحي) مع اليمين ايهما كان لانه لا يد للميت
فبقيت يد الحي بلا معارض وهذا عند الامام (وعند ابي يوسف كذلك) اي القول
للزوج فيما يصلح لهما (في الزائد على جهاز مثلها وفي جهاز مثلها لها) اي القول

للزوجة اذ كانت حية (اولورثتها) بعد موتها اى يدفع فى المشكل الى الزوجة اوالى وارثها ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه اولوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تأتى بالجهاز وهذا اقوى من ظاهر يد الزوج ولذا يأخذ الباقى لعدم المعارض لظاهره والحيوة والموت فى المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل اولورثته) اى ماكان للرجال فهو للرجل وماكان للنساء فهو للمرأة ومايكون لهما فهو للرجل ان كان حيا اولورثته ان كان ميتا لقيام الورثة مقام المورث واما اذا اختلفا فيما فى غير متاع البيت وكان فى يديهما فانهما كالاجنبيين قسم بينهما وفى القهستانى وعن زفر والشافعى ان المشكل بينهما وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب مالك وقال ابن ابى ليلى ان المشكل للزوج حيا ولورثته ميتا وقال ابن شبرمة ان المتاع كله له الا ما على المرأة من الثياب وقال حسن البصرى ان المتاع لصاحب البيت الا ما على الرجل من الثياب فهذه ستة كتاب الدعوى اوسبعته انتهى واعلم ان الاب لو ادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انها كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكا لاعارية فالقول لها اولورثتها من بعدها ولو اختلف الاب وابنه فيما فى البيت قال ابو يوسف اذا كان الاب فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن فى بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب ولو اختلف الموجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه وليس للموجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولو اختلف اسكافى وعطار فى آلات الاساكفة وآلات العطارين وهى فى ايديهما قضى بينهما نصفين ولاينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما (وان كان احدهما) اى احد الزوجين (مملوكا) سواء كان مأذونا اومكاتبا اومحجورا (فالكل) اى كل المتاع (للحر فى) حال (الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحى) منهما (فى الموت) اى موت احدهما لان يد الحى خالية عن المعارض كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى اصحاب المتون اثره هذا عند الامام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لو اختصما فى شئ هو فى ايديهما يقضى بينهما بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضى للحر لاللعبد وقوله الكل مشير الى ان الخلاف فيما اذا اختلفا فى مطلق المتاع على ماذكر فخر الاسلام كما فى المصفى لكن فى الحقايق ان الخلاف فيما اختلفا فى الامتعة المشكلة كما فى القهستانى وفى التنوير اعتقت الامة واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو على ماوصفنا فى الطلاق رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب

الدار فهو المعروف بالسمسار وكذا اشترى منزل الرجل وعلى بابه قصيدة يقول هي لي واد ... صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل وفلان في صفته لها دعوى فدعى واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف انه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه لخص فليطالع

(فصل)

في بيان احكام دفع الدعاوى (قال ذو اليد) في جواب من ادعى شيئا في يده (ان هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او آجرنيه او رهنيه او غصبته منه) اي من فلان الغائب (وبرهن على ذلك) المذكور (اندفعت خصومة المدعي) لانه اثبت امرين احدهما الملك للغائب وهو غير مقبول شرعا والآخر دفع خصومة المدعي وهذا قول وقال ابن شبرمة لا تندفع خصومة المدعي لان البينة تثبت الملك للغائب ولا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بلا رضاه وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة بلا بينة لانه لا تهمة فيما اقر به على نفسه فبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة (وقال ابو يوسف ان عرف بالحيل) جمع حيلة (لا تندفع الخصومة وبه يؤخذ) واختاره في المختار ان المدعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قد أخذ مال الغير غصبا ثم يدفع سرا الى من يريد السفر ويقول له اودعه ذي بحضرة الشهود قصدا لابطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة (وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه لا تندفع) الخصومة بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعي من اودعه (بخلاف قولهم) اي قول الشهود (نعرفه) اي المودع (بوجهه) او رأيناه (لا باسمه ونسبه حيث تندفع) الخصومة (عند الامام لان العلماء لا تجمع على الغائب اشترط العلم باسمه ونسبه وانما المقضي على المدعي بالدفع عن ذي اليد وهما معلومان وهو تثبت بينته انه ليس بخصم لهذا المدعي (خلافا لمحمد) فانه قال لا تندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة او لا وانما تندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لان الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده ولا تندفع الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف بالوجه لا يكون معروفا فصار هذا عنه قول الشهود لا نعرفه اصلا وفي العناية ونقل الائمة على قول محمد فهذه المسألة تسمى مخمسة كتاب الدعوى للاشتمال على قول الامام وابي يوسف ومحمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة كذا في او لان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما في اكثر الكتب لكن في المنح هذا اذا ادعى المدعي ملكا مطلقا في العين كما افاده بعدم تقييده وبدل

عليه ما سيأتي من المسائل انقابلة لهذه ومن المعلوم ان فرض هذه المسئلة بعد اقامة المدعى البرهان لما تقرر فى كلامهم من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى الدفع قبله وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعى البرهان فاقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر و برهن على الدفع وفى البحر وكذا الحكم لو قال وكلنى صاحبه بحفظه كما فى المبسوط وكذا الحكم لو قال اسكننى فيها فلان الغائب وكذا الحكم لو قال سرقته منه او اخذته منه او ضل منه فوجدته كما فى الخلاصة فالصور عشر و به علم ان الصور لم تنحصر فى الخمس فالاولى ان يفسر المخمسة بالاقوال (واو قال) ذو اليد (شريته منه) ى من فلان الغائب (لا تندفع) الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه بسبب الملك وهو الشراء (وكذا) لا تندفع الخصومة (لو قال المدعى سرقته) بتاء الخطاب (اوغصبته منى) فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع الغائب) لان المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على الغير لان اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لا تندفع (ان قال) المدعى (سرق منى) على البناء للمفعول عند الشيخين استحسانا (خلافا لمحمد) وهو القياس لانه لم يدع الفعل على ذى اليد بل على مجهول فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر انه ذو اليد الا انه لم يعينه درأ للحد عنه فصار كانه قال له سرقته منى بخلاف الغصب فانه لا حد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه والمقضى على ذى اليد فقط وفى التنوير قال فى مجلس الحكم انه ملكى ثم قال فى مجلسه انه وديعة عندى من فلان تندفع من البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعى على مقالته الاولى يجعله خصما ويحكم عليه لسبق اقراره ويمنع من الدفع (ولو قال المدعى ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه هو) اى زيد (اندفعت) الخصومة (بلا حجة) لانهما اعترفا على ان الملك فى الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من جهة زيد البايع فلا تكون يده يد خصومة (الا اذا برهن المدعى ان زيدا وكله بقبضه) فح لا تندفع وتصح دعواه لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة وفى البحر

قد ذي اليد من انه ثبت الاحرار عما اذا قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك انه دفع الابينة لانه لم يثبت ان ذي اليد اشترى من وكيله لانكار ذي اليد ولانه جهة وكالة لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذي اليد وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي في البزازية ادعى انه غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا تندفع بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغائب في الاستحسان انتهى

(باب دعوى الرجلين)

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه والواحد قبل ما زاد (لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق) وهو ان يقول في دعواه ان هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه (وبينة الخارج فيه) اي في المطلق (احق) بالاعتبار وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك بينة ذي اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا ملك له على المدعى بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير والاستيلاد فبينة ذي اليد اولى بخلاف الكتابة كما سيأتي قيد بالمطلق لاستوائهما في القيد بالسبب وهذا ان وقتا اولم يوقتا باتفاق (برهنا) اي الخارجان (على ما في يد آخر) اي او برهن خارجان على عين في يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة (قضي به) اي بهذا الشيء (لهما) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لان النبي عليه السلام قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولم يأمر عليه السلام بالقرعة لان استعمال القرعة في وقت كان اعتبارها فيه مباحا ثم انتسخت بحرمة القمار اذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار خلافا للشافعي واحمد كما سيأتي (ولو) برهنا (على نكاح امرأة سقطا) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا سقطا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر وهذا مقيد بما اذا كان المدعيان حيين والمرأة اما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يورخا او ارخا واستوى تاريخهما فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف

المهر و يرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما و يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد كما في المنح (وهى) اى المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين هذا لم تكن المرأة المتنازع فيها في يد من كذبته ولم يكن دخل من كذبته بها واما اذ كانت في يد الآخر اودخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده كما في المنح (فان ارخا) اى المدعيان لنكاحها وكان تاريخ احدهما سابقا (فالسابق احق بها) من الآخر لانه لا معارض في هذا الزمان فيكون القضاء للسابق اذ عقد اللاحق وبرهانه باطل ولا يعتبر ما ذكر من كونها في يده او دخل بها ولو ارخ احدهما فقط فانها لمن اقرت له كما لو ارخ احدهما والاخر يد فانها لذي اليد كما في البزازية (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لاحدهما قبل البرهان فهى) اى المرأة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الاخر) اى الذى لم تقر له (بعد ذلك) اى بعد الاقرار للاول (قضى له) اى للمبرهن لقوة البرهان فان برهنا بعد الاقرار فالسابق اولى (وان برهن احدهما) على نكاحها (فقضى له) بالنكاح (ثم برهن الآخر) على انه نكحها (لا يقبل) برهانه اذ لا ينقض شئ بمثله وههنا صار الاول اقوى لاتصال القضاء به (الا) وقت (ان اثبت) ذلك الآخر بالبينة (سبقه) اى سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فح يقضى له لتيقن الخطاء في الاول (وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذى يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها الى بيته اوبالدخول معه (الا ان اثبت) الخارج (سبقه) اى سبق نكاحه على نكاح ذى اليد بالبينة فانه يقضى له لما مر (وان برهنا) اى الخارجان (على شراء شئ من آخر) اى من ذى يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) اى لكل واحد منهما نصف ذلك الشئ (بنصف ثمنه) اى ثمن ذلك الشئ ان شاء ورجع به على البائع بنصف ثمنه (اوتركه) اى ترك النصف ان شاء لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضى ان يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وعند الشافعى في قول واحد يقرع وفى قول آخر تهاترت البينتان ويرجع الى تصديق البائع لان احديهما كاذبة بيقين قلنا ان المحل الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال لان المشهود في الحقيقة هو السبب لانه المحسوس المحاط للشهود وكل واحد من الفريقين هنالك صادق بان يعاين السبب من الرجلين ولا يعلمان سبق احدهما (اويترك احدهما) نصفه (بعد ما قضى لهما لا يأخذ) المدعى (الآخر كله) لان بالقضاء

ـ ـ ح ا ـ ـ ـ ى حق كل في المسسف ء د شوله عدالعصاة لانه و لى العصنيه بأحد كله لاثبات وهله الشهراء المكل ولامرالسم ناقصا (ومن كان لاحدهم يد اوتاريخ فهو) اى صاحب اليد او التاريخ (اولى) لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اذ قبض القابض وشراء غيره ساداثان فيحمله ما له الى اقرب الازمان وهو الحال مع ان قبض الشئ ماخر من شرائه فصار شراؤه قدم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ اثبت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده ولا يقضى له بالشك وقال صاحب البحر ولى اشكال في عبارة الكتاب وهو ان اصل المسئلة مفروضة في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد فرع مع خارج فلم يكن المسئلة ثم رأيت في المعراج ما زيله من جواز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع الا انه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بان ثبوت اليد لاحدهم بالمعاينة انتهى والحق انها مسئلة اخرى وكان ينبغي افرادها انتهى (وان وقتا فالسابق اولى وان كان لاحد هما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى) لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع به ثم لا يقضى له لمره الا دافع الملك (والشراء احق من هبة) مع قبض (وصدقة مع قبض) اى او رهن خارجان على ذي يد احدهما على الشراء والآخر على الهبة كان الشراء اولى من الهبة والصدقة لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة والصدقة يتوقف على القبض هذا ان لم يؤرخا ولو ارخا واتحد الملك فالاسبق تاريخا منهم احق بخلاف ما اذا اختلف الملك فانهما سواء في صورة التاريخ وعدمه لان كلا منهما خصم عن مملكه في اثبات ملكه وهو فيه سواء بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى اثبات السبب وفيه تقدم الاقوى وان ارخت احدهما فقط فالمؤرخ اولى وقد يكونهما خارجين لاحترازهما اذا كانت في يد احدهما والثالثة محل انها فانه يقضى للخارج الا في اسبق التاريخ فهو للاسبق وان ارخت احدهما فقط فلا ترجيحها وان كانت في ايديهما يقضى بينهما الا في اسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق كما في البحر (والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة) كالعبد والدابة (سواء) بالاتفاق فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما في كونهما تبرعا واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لان الشيوع طارئ فيقضى بينهما نصفين وعند البعض لا يصح لانه عقد الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا الاصح كما في الهداية وفي البحر وحاصله ان الصدقة اولى من الهبة فيما يحتمل القسمة وهذا

عند عدم التاريخ والقبض واما اذا ارخا قدم الاسبق وان لم يورخا ومع احدهما قبض كان اولى وكذا ان ارخ احدهما فقط وفي الخلاصة ولو كان كلاهما هبة او صدقة او احدهما هبة والآخر صدقة فلم يذكر الشهود القبض لا يصح وان ذكروا القبض ولم يورخوا او ارخوا تاريخا واحدا فهو بينهما اذا كان لا يحتمل القسمة وان كان يحتملها فلا يقضى لهما بشئ عند الامام وعندهما يقضى بينهما نصفين ولو كان في يد احدهما يقضى له بالاجماع (وكذا الشراء والمهر عند ابي يوسف) اي ادعى شخص ان هذا الشئ اشتريته من زيد وادعت امرأة ان زيدا تزوجها على هذا الشئ فاقاما البينة ولم يذكرا تاريخا او ذكرا واستوى تاريخهما يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان الشراء والمهر سواء في اثبات الملك ثم المرأة نصف القيمة على الزوج والمشترى نصف الثمن المنقود على البائع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وعند محمد الشراء اولى) فيقضى لصاحب الشراء (وعلى الزوج القيمة) اى قيمة المبيع للمرأة لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وهو ممكن بان يجعل الشراء سابقا اذ لو تزوج على ملك الغير صحت التسمية فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء لانه لو اجتمع نكاح وهبة او رهن او صدقة فالنكاح اولى وفي المنح اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع (والرهن مع القبض اولى من الهبة) بلا عوض (معه) اى مع القبض يعنى لو ادعى احدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة ولم يورخا فدعى الرهن اولى استحسانا والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى (فان كانت) اى الهبة (بشرط العوض فهى) اى الهبة (اولى) من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة هذا اذا كانت العين في يد ثالث اذ لو كانت في ايديهما يقضى بها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى له (وان برهن خارجان على ملك مورخ) هذه المسئلة قد ذكرت واعادتها هنا لاجل ذكر التاريخ (او شراء مورخ عن واحد) متعلق بشراء (غير ذي اليد) احترز بهذا عما برهنا على ما في يد آخر كما مر تفصيلها (فالسابق اولى) لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد الا اذا تلقى الملك منه وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخي وقول الامام على تخريج صاحب الامالي وقول ابي يوسف آخرا ومحمد اولا وفي قوله الاخر

وهو قول ابي يوسف اوله هو بينهما كما في التبيين (وان برهن احدهما على الشراء من زيد و) برهن (الآخر عليه) اي على الشراء (من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبائعه وذلك باسمه فصار كأنهما حضرا وادعيا الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت احدهما فقط) لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره وفي البحر ان البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه فيه فليطالع (ولو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (آخر على الهبة والقبض من غيره و) برهن خارج (آخر على الارث من ابيه و) برهن خارج (آخر على الصدقة والقبض من رابع قضي بينهم ارباعا) سواء كان معهم او مع بعضهم تاريخ او لم يكن لانهم يتلقون الملك من ملاكهم وذلك تاريخ فيه ولا تقدم الاقوى كما في التبيين (ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك اقدم منه) اي من الخارج (فهو) اي ذو اليد (اولى) عند الشيخين (خلافا لمحمد في رواية) وفي رواية عنه على ما قال الامام رحمه الله فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة انما تثبت اولية الملك فيستوي فيها القديم والآخر فصار كانهما قامتا على الملك المطلق ولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك فيه سبق تاريخ ذي اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى تاريخهما او ارخ احدهما فقط كان الخارج اولى (وكذا الخلاف لو كان اليد لهما) واقاما البينة فصاحب الوقت الاول اولى في قول الشيخين وفي قول محمد لا يعتبر الوقت فكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج اولى) عند الطرفين (وعند ابي يوسف) وهو رواية عن الامام (ذو الوقت اولى) لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته (ولو كان المدعى في ايديهما او في يد ثالث والمسألة بحالها) اي ادعى ذو اليد او الخارج واقاما البينة وارخ احدى البينتين (فهما سواء) عند الامام (وعند ابي يوسف الذي وقت اولى وعند محمد

الذى اطلق اولى) وعلل صاحب الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابى يوسف ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن وللامام ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كانهما اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى لكن صوره فى المسئلة الثانية وهى قوله واوفى به ثالث واما فى المسئلة الاولى وهى قوله واوفى ايديهما فذكر ان يكون نظير قوله ولو اقام الخارج وذواليد على ملك مطلق الى آخره فقال فى عقبه فعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما انتهى قال صاحب الايضاح وغيره فى تفسيره بان اقام احدهما على ملك مورخ والآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى انتهى فبهذا التقرير ظهر مخالفة المص لما فى الهداية تدبر (وان برهن خارج وذويد على النتاج) اى اقام كل منهما بينة (فذواليد اولى) لان بينتهما قامتا على مالايدل عليه اليد فاستوتا فى الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولاعبرة للتاريخ لان اولية الملك يستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما اتحد التاريخان اواختلفا مالم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى وبه قال ابن ابى ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان ويترك فى ذى اليد لا على وجه القضاء وجه الاستحسان ماروى انه عليه السلام قضى لذى اليد بناقة بعد مااقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذواليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لاتدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع (وكذا لو برهن كل على تلقى الملك من آخر وعلى النتاج عنده) اى لو تلقى كل واحد من الخارج وذى اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا كما فى العناية (ولو برهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فهو) اى صاحب النتاج (اولى) ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت للآخر الا بالتلقى منه والآخر لم يتلق منه واوليته تثبت دلالة ولاعبرة بها مع الصريح (وكذا لو كانا خارجين) فبرهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فبينة النتاج اولى لما بينا (ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له) اى للثالث (الا ان يعيد ذواليد برهانه) لان بينة ذى اليد ماقامت على هذا

المدعى وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية (كما لو برهن المقضى عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض القضاء) اى لو ادعى ذواليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضى على ذى اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لا يقبل برهانه لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما فى العناية وفى البحر اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذواليد يقضى له ويبطل القضاء الاول ولو ادعى ذواليد نتاجا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم به للمدعى بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لا ينتقض الحكم ثم علم ان المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال القضاء او على تلقى الملك من المقضى له او على النتاج انتهى (وكل سبب لا يتكرر) اى فى الملك اذا ادعاه ذواليد (فهو مثل النتاج) اى حكمه حكم النتاج فى جميع ماذكرنا من الاحكام وذلك (كنسج ثياب لا تنسج الا مرة) كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها (كحلب اللبن) فانه مما لا يتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته (واتخاذ الجبن) بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه (واللبد) بان ادعى لبدا بانه صنعه من الصوف الذى هو ملكه (والمرعزى) وهى كالصوف تحت شعر المعز (وجز الصوف) بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (وما يتكرر) اى كل سبب يتكرر قضى به للخارج (بمنزلة الملك المطلق) فلا يلحق بالنتاج (كنسج الخز) وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لان الخز والصوف والشعر اذا بلى ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج (وكالبناء) فانه مما يتكرر لانه يبنى ثم يهدم ثم يبنى (والغرس) لان النخل يغرس غير مرة (وزراعة البر والحبوب) لان البر قد يزرع فى الارض ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن فى معنى النتاج وكذا كل ما يزرع مما يكال او يوزن فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر (وما اشكل)

بحيث لا يتيقن بالبكر وضدها (رجع فيه الى اهل الخبرة) لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان اشكل عليهم) اى على اهل الخبرة (جعل كالمطلق) اى قضى به للخارج لان القضاء ببينة هو الاصل وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما رويناه فاذا لم يعلم رجع على الاصل (وان برهن خارج على ملك مطلق وذو يد على الشراء منه) اى من الخارج بان كان عبد مثلا فى يد زيد وادعاه بكر بانه ملكه و برهن عليه و برهن زيد على الشراء منه (فهو) اى ذو اليد (اولى) لان الخارج وان كان يثبت اولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه ولا تنافى فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وان برهن كل منهما) اى من الخارج وذى اليد (على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترتا) اى سقطت البينتان (وترك المال فى يد ذى اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) ان كان فى يد احدهما (يقضى بالبينتين) (للخارج) لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا كما فى التبيين (وان ارخا) اى الخارج وذو اليد (فى العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى لذى اليد) عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وفى التبيين وكان ينبغى ان يقضى به لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد انتهى (وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد اتفاقا) لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعه من بايعه بعد ما قبضه وذلك صحيح (وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج فى الوجهين) فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم اوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر كما فى الهداية لكن فى البحر وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى وتمامه فيه فليطالع قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية قالوا حاصل الكلام فى ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد المدعيين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم يكن سابقا بل كان مساويا بان ارخا موافقا اولم يورخا اصلا اوارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد اوكان كل منهما خارجا فى الملك المطلق اوفى الملك بسبب فهما متساويان الا اذا تلقيا من واحد وارخ

احدهما فهو احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر خارجا فالخارج احق
في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ الا اذا ادعيا مع الملك فعلا بان قال
هو عبدي اعتقته او دبرته فذو اليد احق بخلاف ما اذا قال كل واحد هو عبدي
كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين اذ لا يد في حق الكتابة من اهلية
المأذون فاذا اعتقه يكون العبد متساويا ولا يضيف اليد عليه بخلاف العتق
فانه في يد المولى اذا كان صغيرا او كبيرا لا يعرف عتقه ولو قال احدهما هو عبدي
كاتبته وقال الآخر دبرته او اعتقته فهو اولى لان كل بينة يكون اكثر اثباتا
فهو احق هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق اما في الملك بسبب فان ذكر
الخارج وذو اليد سببا واحدا وتلقيا من واحد فذو اليد احق وان تلقيا من اثنين
فالخارج احق عند التساوي في التاريخ وان ذكرا سببين كالشراء والهبة
وغير ذلك ينظر الى قوة السبب انتهى (ولا ترجيح بكثرة الشهود) لان الترجيح
عندنا بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة
فهما سواء اذ شهادتهما ليست اقل من شهادتهم في اثبات المدعى لان الاثنين
علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح ولهذا لا ترجح الآية بآية اخرى
ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواترا والآخر من الآحاد
او كان احدهما مفسرا والآخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على
الآحاد لقوة وصف فيه وقيل يقضى لاكثرهما عددا لان القلب اميل الى قول
الاكثر وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر في الشاهد اصل العدالة وهي ليست
ذي حد فلا يقع الترجيح بها خلافا لمالك (وان ادعى احد خارجين نصف
دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالربع للاول) عند الامام (وعندهما
للاول الثلث والباقي للآخر) لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهو ان صاحب
النصف لا ينازع صاحب الكل في النصف فسلم له النصف واستوت منازعتهما
في النصف الآخر فينصف النصف بينهما فلصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب
النصف الربع وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة لان في المسألة كلا ونصفا فالمسألة
من اثنين وتعول الى ثلاثة فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا
هو العول واما المضاربة فان كل واحد يضرب بكل حقه فلصاحب الكل له ثلثان من
الثلاثة فيضرب اثنين في الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث
في الدار فيحصل له ثلث الدار لان ضرب الكسور بطريق الاضافة فانه اذا ضرب
الثلث في الستة كان ثلث الستة وهو اثنان وفي البحر تفصيل فليراجع (وان كانت)
الدار (في يدهما وكلها) اي كل الدار (لمدعي الكل نصف بقضاء ونصف بلا قضاء)
لان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لكون يده يدا محقة في حقه لان
حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب

الجميع وفيما النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في يده لا على وجه القضاء اذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ولو كانت في يد ثلاثة فادعى احدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها و برهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي فليطالع (ولو برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه) لرجحانه بشهادة الحال ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف (وان اشكل) اي سنها بان لا يوافق التاريخين لعدم العلم (فلهما) اي يقضي لهما لعدم رجحان احد البرهانين (وان خالفهما) اي خالف السن التاريخين معا (بطلا) اي البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في الهداية وغيرها وفي التبيين والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها بينهما وتمامه فيه فليطالع (وان برهن احد الخارجين على غصب شيء والآخر على وديعته استويا) لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا و برهان الوديعة يتضمن انكار صاحب يد

(فصل في التنازع بالايدي)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد فقال (لابس الثوب اولى من الآخذ بكمه والراكب احق من الآخذ باللجام ومن في السرج احق من الرديف) اي لو تنازعا ثوبا احدهما لابس والآخر آخذ بكمه وغيره من الاطراف ولا بينة لهم فاللابس اولى من الآخذ في كونه صاحب اليد لانه متصرف ومستعمل وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها والراكب اولى في كونه ذا يد اذ تصرفه اقوى وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والآخر رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده وقيل هي بينهما على السواء (وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها) اي اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما وللآخر كوز والاول اولى من كونه ذا يد لانه اكثر تصرفا فيها ولا ترجيح بكثرة الحمل ان كانا حملاها وتنازعا كما لا عبرة بكثرة الشهود واذا اقاما بينة في هذه الصور فبينة من كان في حكم خارج اولى لما مر مرارا (والراكبان بلا سرج او) راكبان (فيه) اي في السرج (سواء) لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والآخر ممسكا بلجامها قالوا

ينبغي ان يقضى بها الى من له جانبها لانه لا يتعلق بالقمط مع الاتصال ...
التعلق بالثوب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء) ... هو ...
في بساط احدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفين لا على
طريق القضاء لان الجلوس عليه ليس بيد فاستويا في عدم اليد بخلاف
الركوب واللبس لان المرء يصير بهما غاصبا لا بالجلوس وكذا اذا كانا جالسين
عليه فهو بينهما (ومن معه) اي وكذا ان كان (ثوب) في يده وطرفه
(وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وان كان يد احدهما في الاكثر
لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد
الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان وفيه اشارة الى الفرق
بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي
اليد والزيادة هي الاستعمال كما في العناية بخلاف جالسي الدار تنازعا فيها
حيث لا يقضى بينهما لا بطريق الترك ولا غيره لان الجلوس لا يدل على الملك
(والحائط) وهو الجدار (لمن جذوعه عليه) اي على الحائط (او المتصل
بناؤه اتصال تربيع) اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل
لبنات هذا الجدار في لبنات ذلك ويسمى اتصال التربيع لانهما يبنيان
ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وان كان الجدار من خشب فالتربيع
ان يكون ساج احدهما مركبا في الآخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا
فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما
بنيا معا (لا لمن له عليه هرادي) وهي خشبات توضع على الجذوع ويلقى
عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البواري لانه لم يكن استعمالا وضعا
اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في الدرر
(بل الجاران فيه سواء) يعني اذا تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما لان الحائط لا يبنى لاجلها بخلاف الجذوع
(وان كان لكل) من الرجلين (عليه) اي على الحائط (ثلاثة جذوع
فبينهما) لاستوائهما في اصل العلة (ولا ترجح بالاكثر منها) اي من الثلاثة
يعني ولا عبرة بالكثرة والقلة بعد ان بلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على
ما بينا واشترط ان يبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون
الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له (وان كان لاحدهما ثلاثة) جذوع
(وللآخر اقل فهو) اي الحائط (لصاحب الثلاثة) استحسانا وهو قول
الامام والقياس وهو مروي عن الامام ان يكون بينهما نصفين لما بينا ان الترجيح
بالقوة لا بالكثرة فيستويان ووجه الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة

اذ لا يبنى الحائط لما دونه والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة (وللآخر موضع خشبه) باتفاق الروايات لان حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع ثم اختلف الروايات بعد ذلك في انه يملك ذلك الموضع اولا ذكر في كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه وصححه قاضيخان وفي كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك وفي المحيط وهو اصح وتمامه في التبيين فليطالع (ولو) كان (لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذى الاتصال) اى صاحب الاتصال (اولى وللآخر) اى لصاحب الجذوع (حق الوضع) وهذه رواية الطحاوى وصححه الجرجانى لان الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر وضع جذوعه لما بينا ولا فرق بين ان يكون الاتصال من جانب او من جانبين (وقيل لذى الجذوع) اى صاحب الجذوع اولى ورجح السرخسى هذه الرواية لان له تصرفا في الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك وفي المحيط الايدى في الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء فاوليهم صاحب التربيع ثم صاحب جذوع ثم صاحب المحاذاة (وذو بيت من دار كذى بيوت منها) اى من الدار (في حق ساحتها) اى الساحة نصفان بينهما لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور فيها والتوضى وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما (ولو ادعيا ارضا كل منهما (يدعى انها) اى الارض (في يده وبرهنا) كذلك (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى (فان برهن احدهما) فقط (او كان) احدهما (لبن فيها) اى في الارض لبنا (او بنى) فيها (او حفر) فيها (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما في الصور الباقية فلوجود التصرف والاستعمال ولو قال او تصرفا بدل او كان لبن فيها او بنى او حفر لكان اشمل واقصر تدبر (ومن في يده صبى يعبر عن نفسه) اى يتكلم ويعلم ما يقول (قال انا حر) وانكر صاحب اليد (فالقول له) لانه ان كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه

فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ (وان قال) هذا الصبي (انا عبد لفلان) وهو عبد ذي اليد (فهو عبد لذي اليد) بالاجماع لانه لما اقر بكونه رقيقا لفلان اقر انه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل باقراره ويكون عبدا لذي اليد لا للخارج الا بالبينة لا يقال ان الاقرار بالرق ضرر وكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي لان الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض وتمامه في التبيين فليراجع (وكذا من لا يعبر عن نفسه) اذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض مزيد على نسخة حقا او حكما (فلو ادعى الحرية بعد كبره لا يقبل بلا حجة) اي لو كبر وادعى الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه (ولدت مبيعة لاقل من ستة اشهر منذ بيعت) جارية (مبيعة فادعاه) اي الولد (البائع) اي بائع المبيعة (ولو اكثر) من واحد (فهو) اي الولد (ابنه) فيثبت نسبه من البائع بدعوته وان لم يصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع الامة كما هو المتبادر فهذا يدفع ما قيل من انه واجب عليه ان يقول مذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا بيعت من حين ولدت لاقل من ستة اشهر فانه حينئذ لم يتيقن ان العلوق في ملك البائع الاول او الثاني (وهي) اي الجارية (ام ولده) لان العلوق وقع في ملكه يقينا (ويفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد فيأخذ البائع المبيعة (ويرد الثمن) لعدم سلامة المبيع للمشتري (وان) وصلية (ادعاه) اي النسب (المشتري مع دعوته) اي البائع (او) ادعاه المشتري (بعدها) لان دعوة البائع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه والاول اقوى وانما قلنا في هذا عندنا وهو استحسان لان العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث ان الظاهر عدم الزنا مع ان النسب مبناه على الخفاء فيعفى فيه التناقض والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانها امة وبالدعوة يكون متناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة الا ان صدقه المشتري اما لو ادعى المشتري اولا ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت

من المشترى لا يحتمل النقض كاعتاقه اذ يحتمل على ان المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت النسب من البايع (لو ادعاه) اى البايع (بعد موت الام اوعتقها) اى ان ماتت الام ثم ادعاه البايع وقد ولدت لاقل يثبت النسب من البايع ويأخذ الولد لان الاصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الام ولذا تضاف الام اليه ويقال ام الولد وتستفيد الام الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى فلا يضره فوات التبع وكذا لو ادعى البايع الولد المولود لاقل من نصف سنة بعد اعتاق المشترى الام يثبت نسبه ويحكم بحريته لا فى حق الام فلا تصير ام الولد للبايع لان دعوته ان صحت فى حق الام بطل اعتاق المشترى والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان (ويرد حصته) اى حصة الولد (من الثمن فى العتق) اى يقسم الثمن على قيمتى الولد والام ويرد ما اصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما اصاب الام من القيمة يوم القبض (و) يرد (كل الثمن فى الموت) عند الامام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى (وقالا) يرد (حصته فيهما) اى فى العتق والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ما ذكره يكون رد حصته من الثمن لا حصتها متفقا عليه انما الخلاف فى الموت لكن فى الدرر وغيره اذا اعتق المشترى الام او دبرها يرد البايع على المشترى حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية فعلى هذا ان الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية والمص اختار ما ذكر فى المبسوط حيث قال يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كما فى الكافى (ولو ادعاه) البايع (بعد موته) اى بعد موت الولد (اوعتقه ردت) دعواه لعدم حاجته الى النسب بعد الموت وكذا بعد عتقه لما ذكرنا ان الولد هو الاصل

(ولو ولدت) الجارية المبعة (لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين) منذ بيعت (ان صدقه المشترى) الدعوة (فالحكم كالاول) يعنى ثبت نسبه وامية‌ها ويفسخ البيع ويرد الثمن عندنا خلافا لزفر والشافعى على ما مر (والا) اى وان لم يصدقه المشترى (فلا يثبت النسب) لاحتمال ان لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه فقد رضى باسقاط حقه فيثبت النسب (وان) ولدت (لاكثر من سنتين) منذ بيعت (لا تصح دعوته) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه وهو الاصل (فان صدقه

المشتري) البايع (ثبت نسبه) اى نسب الولد (وحمل على النكاح ولا يرد البيع ولا يعتق ولده) ولا تصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولا يستند على ما قبله حتى لزم بطلان بيعه والامة ام ولد لسيده بملك نكاح بان ملكها ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملا لامره على الصلاح (وان باع عبدا ولد عنده) اى عند البايع وكان العلوق ايضا عنده (ثم ادعاه بعد بيع مشتريه) من آخر (صحت دعوته) ويكون هو ابنه (ورد بيع مشتريه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (وكذا) الحكم (لو كاتبه) اى الولد (المشتري او) كاتب المشتري (امه او رهن) الولد او امه (او آجر) الولد او امه (او زوجها) اى الام (ثم كانت الدعوة صحت) اى دعوته (ونقضت هذه التصرفات) لان هذه العوارض تحتمل النقض فتنتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير لانهما لا يحتملان النقض على ما مر (ولو باع احد التوأمين ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البايع) التوأم (الآخر ثبت نسبهما منه) لانهما خلقا من ماء واحد (وبطل عتق المشتري) اذ ثبوت نسب احدهما يستلزم نسب الآخر هذا اذا كان اصل العلوق في ملك البايع وان لم يكن في ملكه يثبت نسبهما منه عند تصديق المشتري ولا يبطل عتق المشتري ولا ينتقض بيع البايع لان هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته (ومن في يده صبي) لا يعبر عن نفسه (او قال هو ابن زيد) او هو ابن عبد فلان الغائب (ثم قال هو ابني لا يكون ابنه) اى ابن ذي اليد (وان) وصلية (جحد زيد بنوته) عند الامام لان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته واذا صدقه زيد او لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم (وعندهما يصح ان جحد) زيد بنوته وهو ابن ذي اليد لان الاقرار ارتد بالرد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض وفي الدر نقلا عن العمادية ولو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني ثم قال هو مني يصح اذ الاقرار بانه ابني تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له فانه ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئي لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق ثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انه ابنه تقبل والاقرار بانه ابني مقبول الا انه اقرار

على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لاتقبل لانه اقرار على الغير (ولو كان) الصبي (في يد مسلم وذمي فادعى المسلم رقه و) ادعى (الكافر بنوه فهو حر ابن الكافر) لان الاسلام مرجح ايما كان والترجيح يستدعى التعارض ولاتعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس فى وسعه اكتسابها وتمامه فى العناية فليطالع. قيل مسلم ايضا حالا بحكم الاسلام لا عبد لمسلم هذا اذا ادعيا معا اوان سبق دعوى المسلم كان عبداله وان ادعيا البنوة كان ابنا لمسلم لحصول الاسلام حالا (و) لو كان الصبي (فى يد زوجين فزعم) الزوج (انه ابنهامن غيرها فزعمت) الزوجة (انه ابنها من غيره فهو) اى الولد (ابنهما) لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وهو فى ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه والمراد من الصبي الصبي الغير المعبر والا فهو لمن صدقه (ولو استولد مشتراته) يعنى لو اشترى امة فولدت منه وادعاه (ثم استحقت) الامة بدعوى مستحق (فالولد حر) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء اى سبب كان كالارث والهبة والوصية وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له فاستحقت كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال ولو ملك امة باى سبب كان لكان اشمل (وعلى الاب قيمته) اى قيمة الولد باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق ابيه ورقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما (يوم الخصومة) لانه يوم المنع كولد المغصوبة (فان مات الولد قبل) الخصومة اذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلا شئ على ابيه) لانعدام المنع (وتركته له) اى تكون تركة الولد ميراثا لابيه سواء كان قبل الخصومة اوبعدها لكونه حر الاصل اذ الولد فى حيوته احق بما له فيكون الاب احق بعد وفاته لانه خلفه (وان قتله الاب غرم قيمته) لتحقق المنع من الاب بقتله (وكذا ان قتله غيره) اى غير الاب (فاخذ ديته) اى اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع) المشترى (بقيمته) اى قيمة الولد التى ضمنها (وبالثمن) اى ثمن الجارية (على بايعه) لان البايع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع اذ الغرور يشمل سلامة جميع اجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذى اخذ منه المستحق لانه بدل استيفاء منفعة البضع وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته وعند الائمة الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البايع الثانى

بالثمن وبقية الولد والمشترى الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الامام وقالا رجع عليه بقيمة الولد ايضا وفى الدرر يا مدعى العصوبة وبين النسب وبين الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والانساخطا للمعارض وعدم الاولوية ومن انه ابن عمه لابيه وامه ونحو الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به اى بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الاول ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان ادعى خصمه قبل الحكم اقراره فقول يدعى بانه من ذوى الارحام اذ يكون حينئذ من كلامه ما قض انتهى

(كتاب الاقرار)

مناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه دائر بين الاقرار والانكار والى الاقرار اقرب لان الغالب فى حال المسلم الصدق (هو) لغة الاثبات من قر الشئ قرارا اذا قام وثبت ومنه ثابت العدم لم قر ويقال اقره اقرارا اذا جامد هذا اى الحيى واما فى القول يقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا (اخبار) اى اعلام بالقول فلو كتب او اشار ولم يقل شيأ لم يكن اقرارا ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله على كذا فانه كالقول شرعا كما فى القهستانى (بحق) اى بما ثبت ويسقط من عين وعرض لكنه لا يستعمل الا فى حق المالية فيخرج عنه ما دخل من حق الغير ونحوه (لآخر على نفسه) اى لغير المخبر على الغير اما لنفسه على آخر فهو دعوى ولآخر على آخر فهو شهادة وفى ما قاله ابو المكارم من ان التعريف منقوض باقرار الوكيل فى حق الموكل كلام لبيانه منشأه شرعا والدليل على حجته الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ وركنه ان يقول المقر لفلان على كذا (ولا يصح) الاقرار (الا لمعلوم) اى لشخص معلوم لان المجهول لا يصلح مستحقا وفى المنح واما جهالة المقر له فمعة من صحته ان تفاحشت كواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا لا ولا يجبر على البيان ولكل منهما ان يحلفه وفى الدرر وان لم تتفاحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد وقيل يصح وهو الاصح وتمامه فيه فليطالع (وحكمه) اى الاقرار (ظهور المقر به) اى المخبر به للمقر له عليه (لا انشاؤه) اى لا اثبات المقر به له ابتداء ولذا قالوا ان المقر له اذا علم ان المقر كاذب فى اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا انه اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ وانما لم يكتف بالاثبات عن الحق

وجعلهما مبالغة في رد ماقال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء وانما اطلق اشارة الى ان تصديق المقرله لم يشترط وان ارتد برده ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد ولو رده ثم اعاد اقراره صح الاقرار كما في القهستاني وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصلح له تمليك الخمر وفي المحيط لو اقر بخمر لمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب استردادها ولو اقر بخمر مستهلك لمسلم لا يصح لانه لا يجب للمسلم بدل الخمر (لا) يصح الاقرار (بطلاق وعتاق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان انشاء لصح لان طلاق المكره واعتاقه واقع عندنا (واذا اقر حر) وانما شرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطئ امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والجناية الموجبة للمال لان الاذن لا يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص (مكلف) لان اقرار المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه مأذونا له في التجارة فيصح اقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور الا اذا اقر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها وكذا شرب المتخذ من الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد (بحق معلوم او مجهول كشيء وحق) اي قال لفلان علي شيء او حق (صح) اقراره لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري او جرح جراحة لا يدري ارشها (ولزمه) فيما اقر بمجهول (بيان المجهول) حتى لو امتنع اجبره القاضي على بيانه (بماله قيمة) لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان وفي المحيط ولو قال لفلان علي حق ثم عنيت به حق الاسلام او الجار لا يصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة (والقول قوله) اي قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر) مما بينه المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر وفي المنح تفصيل فليراجع وفي القهستاني لو انكر الاقرار بمجهول واريد اقامة البينة عليه لم تقبل لان جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة وتمامه في الجواهر والتحفة (وفي) قوله (له علي مال لا يصدق في اقل من درهم)

لان مادونه من الكسور لايطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر خلافا للائمة الثلاثة (ولزم في) قوله على (مال عظيم نصاب مما بين به فضة اوغيرها) لان النصاب عظيم يجعل صاحبه غنيا هذا قولهما ورواية عن الامام وعنده انه يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى قطع بها اليد وتستباح البضع قيل الاصح على قول الامام ان ينظر الى حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم والكثير عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكوة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال المقر (ومن الابل خمسة وعشرون) اي لزم في قوله على مال عظيم من الابل خمسة وعشرون ابلا لانه اول نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى الكامل وفي المنح وان قال غصبت ابلا كثيرة اوبقرا كثيرة اوغنما كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلثون من البقر والاربعون من الغنم وعنده يرجع الى بيان المقر (ومن البر خمسة اوسق) لانه المقدار بالنصاب عندهما وعند الامام يرجع الى بيان المقر وقول المص مما بين الى هنا لايخلو عن التشويش يظهر لك عند التأمل (ومن غير مال الزكوة لزمه قيمة النصاب) فلا يصدق في اقل من مقدار النصاب قيمة في غير مال الزكوة كالحمار والبغل لان قدر قيمة عظيم ايضا وعن الامام انه مقدر بعشرة دراهم كما في الاختيار (و) لزم في (له على اموال عظام ثلثة نصب) من اي مال كان فسره به لان اقل الجمع ثلثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به (و) في (دراهم ثلثة) بالاجماع اعتبار الادنى الجمع (و) في (دراهم كثيرة عشرة) عند الامام لانها اقصى ماينتهي اليه اسم الجمع (وعندهما نصاب) وهو مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما تنصرف الى النصاب وعنه الى العشرة وكذا اذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه مايساوي مائتي درهم ولو قال على مال نفيس او كريم اوخطير اوجليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان (و) لو قال له (على كذا درهما) لزم (درهم) لان كذا مبهم ودرهما تفسير له وفي التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان لان الواحد ليس بعدد وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون واوذكره بالخفض روي عن محمد يلزمه

مائة ولوقال له على درهم عظيم يلزمه درهم واحد ولوقال على دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد فى كل زمان ومكان (و) لوقال بلاواوله على (كذا كذا) درهما لزم (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه وعند الشافعى يلزمه درهم (وان ثلث) اى قال بلاواوله على كذا كذا كذا درهما (فكذلك) اى يلزمه احد عشر ايضا لانه لانظير له فى الفاظ العدد فيحمل الاخير على التكرار اوالتأكيد (و) لوقال له على (كذا وكذا) بحرف العطف لزم (احد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد المفسر احد وعشرن واكثره تسعة وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهمان (وان ثلث) لفظ كذا (بالواو زيد مائة) اى يلزمه مائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع الواو (وان ربع) لفظ كذا مع تثليث الواو (زيد الف) على مائة واحد وعشرين لانه اقل ما يعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل لتيقن دون الاكثر اذ الاصل فى الذمم البراءة ولوخمس زاد عشرة آلاف ولوسدس زاد مائة الف ولوسبع زاد الف الف وكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لايتناهى كما فى البحر (وكذا كل مكيل وموزون) فى جميع ماذكر من الصور (ويشرك فى عبد) يعنى اذا قال له شرك فى هذا العبد (فهو نصف عند ابى يوسف) لان الشرك بمعنى الشركة وهى تنبئ عن التسوية (وعند محمد يؤمر بالبيان) لان الشرك يجئ بمعنى النصيب وهو مجمل فعليه بيانه بماشاء وفى التسهيل والفتوى على قول ابى يوسف (وقوله على اوقبلى اقرار بدين) اى لوقال له على اوقال له قبلى فهو اقرار بدين لان على للوجوب ولفظ قبلى يستعمل فى الضمان كما مر فى الكفالة وفى القدورى انه امانة والاول اصح كما فى الهداية وغيرها (فان وصل به) اى قال المقر بلاتراخ (هو وديعة صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل وارادة الحال مجازا فيصدق موصولا كما فى الهداية وغيرها وفى المنح ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدق كالاستثناء والتخصيص (و) لوقال (عندى او قال (معى او) قال (فى بيتى اوفى صندوقى او كيسى) فهو (اقرار بامانة) لان هذه المواضع محل العين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون

مضمونة والامانة اذنا بهما فحمل عليهما بهذا لان كلمة عند للظرف ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا تحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن كما في المنح (ولو قال لمن ادعى الفا اتزنها) امر من اتزن اي خذ بالوزن الواجب لك علي وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد اعتبارا للدراهم (او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها او ابرأتني منها او هبتها لي او تصدقت بها علي او احلتك بها فقد اقر) بالالف لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى فيكون اقرارا بها الا اذا تصادقا انه على سبيل الاستهزاء او شهد الشهود بذلك اما اذا ادعى انه قال مستهزئا لم تقبل منه (وبلا ضمير لا) اي لا يكون اقرارا بها كما اذا قال اتزن او انتقد لانه لا دليل حينئذ على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء والاصل فيه ان الجواب ينتظم باعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا او يصلح جوابا وابتداء فلا يكون اقرارا بالشك وفي المحيط ولو قال لي عليك الف فقال نعم يكون اقرارا ولو اومى برأسه لا لان الاشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الاخرس ولو قال رجل لآخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له ولو قال اعطني سرج دابتي هذه او لجامها او افتح باب داري او جصصها فقال نعم كان ذلك اقرارا لان كلمة نعم لا تستقل ولا بد من حملها على الجواب كيلا يصير لغوا وفي المنح رجل قال لغيره اقرضتك مائة درهم فقال لا اعود لمثلها او قال لا اعود بعد ذلك فهو اقرار ولو قال ما استقرضت من احد سواك او قال من احد غيرك او قال ما استقرضت من احد قبلك او قال ما استقرضت من احد بعدك لم يكن اقرارا قال أليس لي عليك الف درهم فقال المخاطب في جوابه بلى فهو اقرار له بالالف وان قال نعم لا يكون اقرارا وتمامه فيه فليراجع (ولو اقر بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه) اي المقر حال كون الدين (حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة (ويحلف المقر له على الاجل) لكونه منكرا وعند الشافعي في قول واحمد لزمه مؤجلا مع يمينه وفي التنوير بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها حيث يلزمه اي المقر ما اقر به فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل (ولو) قال له (علي مائة ودرهم فالكل دراهم) فيلزمه مائة درهم ودرهم استحسانا عندنا لوقوع درهم

تفسيرا للمائة المبهمة والقياس ان يرجع في تفسير المائة اليه وهو قول الشافعي (وكذا كل ما يكال او يوزن) يعني اوقال له على مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة (ولو) قال له (على مائة وثوب او) قال له (على مائة وثوبان لزمه تفسيرا لمائة) فيلزمه ثوب واحد في الاولى وثوبان في الثانية بالاتفاق لانها مبهمة والثوب عطف عليها لاتفسيرلها؛ لان المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما في مائة ودرهم (وان قال) له على (مائة وثلثة اثواب فالكل ثياب) فيلزمه اثواب في الكل لانه ذكر عددين مبهمين وذكر عقيبهما مميزا بلا واو فينصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير كعدد واحد بالاقتران (واواقر بتمر في قوصرة) وهي وعاء من الخوص وغيره ويقال وعاء للتمر منسوج من قصب وفي الجوهرة القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما سمي قوصرة مادام فيها التمر والا فهي زنبيل (لزماه) اى التمر والقوصرة معا لان غصب الشئ المتبد د لايتحقق بدون الظرف وكذا الطعام في السفينة والجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة اومن سفينة اومن جوالق لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (او) اقر (بخاتم لزمه الحلقة والفص) لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص في بيعه من غير تسمية (او) اقر (بسيف فالنصل) اى لزمه حديده (والجفن) اى غلافه (والحمايل) وهي علاقة السيف لان اسم السيف يطلق على الكل (او) اقر (بحجلة) بفتحتين (فالكسوة) اى لزمه الكسوة (والعيدان) لانطلاق الاسم على الكل عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه واوتاق (وان) اقر (بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط) عند الشيخين لان غصب الاصطبل لايتحقق لعدم امكان النقل لكونه محلا للغير فلا يكون تابعا لها وعلى قياس قول محمد يضمنهما لان غصب غير المنقول يتحقق عنده وعلى هذا الطعام في البيت (وان) اقر (بثوب في منديل لزماه) لان المنديل ظرف للثوب (وكذا) ان اقر (بثوب في ثوب) لزم الظرف كالمظروف لان الاقرار بالمظروف لايتحقق بدون ظرفه (وان) اقر (بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف) وهو قول الامام اولا لان كلمة في تستعمل في البين والوسط قال الله تعالى فادخلي في عبادي بمعنى بين عبادي فوقع الشك فلم تثبت الظرفية ولان العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال غصبت سرجا على فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بيانا للمحل (و) لزمه (احد عشر عند محمد

لانه قد يجوز ان يأتي الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار ذكره كذكر التسعة اي كما في الثوب التي فانه غير مقبول فاذا قال غصبتك ثوبا في عشرة اثواب صح ويلزمه الكل عنده مع انه يمنع غيرها (ولو قال) له علي (خمسة في خمسة لزمه خمسة وان) نوى (الضرب) المصطلح عليه عند الحساب لان الضرب جملة مقرره والخمسة اذا ضربت بخمسة تكثر اجزاؤه لا ان ميزها يكثر وباع خمسة وعشرين وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون كما في الاصلاح (وعشرة مع لزمه عشرة) اي لو قال له اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق اذ اللفظ يحتمله (وفي قوله علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة) عند الامام لان الغاية لا تدخل تحت المغيا لكن الاولى تدخلها بالضرورة لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول (وعندهما) والائمة الثلاثة (يلزمه عشرة) لان الغاية لا بد ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوده فتدخل الغايتان وعند زفر يلزمه ثمانية وهو اختيار الطحاوي لخارجين وهو القياس لان بعض الغايات يدخل وبعضها لا فلا يدخل بالشك (وان قال له من داري ما بين هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط) بالاجماع لوجوده بلا انضمام شيء بخلاف قوله علي ما بين الواحد الى العشرة اذ ليس للمعدود وجود مستقل لتوقفه على الواحد فظهر الفرق بينهما (وصح الاقرار بالحمل) المحتمل وجوده وقت الاقرار بان اقر بحمل جارية او شاة لرجل يصح اقراره بالاتفاق بلا بيان سببه (وحمل على الوصية من غيره) بيانه ان يوصي زيد بحمل جاريته او شاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر (و) صح الاقرار (للحمل ان بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كارث) بان قال ان مورث الحمل مات فورثه الحمل واستهلكت من ماله الموروث الفا مثلا (او وصية) بان قال ان مورثي اوصى في حياته بحمل فلانة الفا مثلا لانه بين سببا صالحا في الصورتين وهو الارث والوصية (فان ولدت) الحامل ولدا (حيا لاقل من نصف حول منذ اقر فله) اي للحمل (ما اقر به) المقر لانه كان موجودا وقت الاقرار بيقين (وان) ولدت ولدين (حيين فلهما) اي فالمال بينهما على السوية ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وفي القهستاني وفيه اشارة الى ان الام لو كانت معتدة فولدت لاقل من سنتين من موت احدهما استحق الولد ما اقر لانه كان في البطن والى انه لو لم تكن معتدة بل ذات زوج فولدت لاكثر من ستة اشهر لم يستحق (وان) ولدت ولدا (ميتا فالم

وللمورث) اى يرد المال الى ورثة الموصى والمورث لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانه ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون اورثتهما (وان فسر ببيع اواقراض) اى ان فسر المقر الاقرار بسبب غير صالح بان قال انه باع منى هذه الدار بكذا اواقرضنى اووهب منى كذا لايلزمه شئ اذلا يتصور شئ منه من الجنين (اوابهم) المقر (الاقرار) بلا بيان سبب اصلا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اى يكون اقراره لغوا فلايلزمه شئ ايضا عند ابى يوسف لان وجوه فساده اكثر كالبيع والشراء والاقراض والهبة من وجوه جوازه كالارث والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذالجمع بينهما غير متصور وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وفى التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض (وان اقر بشرط الخيار) بان قال له على الف درهم قرض اوغضب اوعارية قائمة اومستهلكة على انى بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار والاخبار لايقبل الخيار وزاد صاحب المنح قوله وان صدق المقر له لاعبرة بتصديقه الا ان اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له واقام عليه بينة الا ان يكذبه المقر له فلايثبت الخيار وكان القول قول المقر له كاقراره بدين بسبب كفالة على انه بالخيار فى مدة ولو كانت طويلة فانه يجوز ان صدقه المقر له وفى الغرر اشهدا على الف فى مجلس واخران فى آخر لزم الفان الامر بكتابة الاقرار احد الورثة اقرار بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته لكن الفتوى فى زماننا بالاول وفى التنوير اقر ثم ادعى المقر انه كاذب فى الاقرار يحلف المقر له انه لم يكن كاذبا عند ابى يوسف وبه يفتى وسيأتى ان شاء الله تعالى فى مسائل شتى وكذا لوادعى وارث المقر وان كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم انا لانعلم انه كان كاذبا وفى المنح اذا قال ذو اليد ليس هذالى اوليس ملكى اولاحق لى فيه اوليس لى فيه حق اوما كان لى اونحو ذلك ولامنازع له حين ماقال ثم ادعى ذلك احد فقال ذوا اليد هو لى صح ذلك منه والقول قوله وهذا التناقض لايمنع اقر رجل بعين لايملكه صح اقراره حتى اوملكه يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى المقر له طلب الصلح عن الدعوى لايكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى يكون اقرارا ابرأنى عن الدعوى ليس باقرار ابرأنى عن هذا المال اقرار الاقرار بشئ محال باطل وتمامه فيه فليطالع

(باب الاستثناء ومافى معناه)

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغير شرع فى بيان موجبه مع الغير وهو الاستثناء

وقال صاحب ... في كونه عين المساقي ... وجوه والمستقيم ... الباقي
الثاني باعتبار المراسلي من شروع الركبة وان باعتبار الاجزاء ...
وعند الشافعي اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وهذا مشكل لان الاستثناء
جائز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع
والرفع بعد الوقوع كما في التبيين وشرط في الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه
الا اذا انفصل عنه لضرورة نفس او سعال او اخذ فم فانه لا يضر الانفصال
كما في الطلاق والنداء بينهما لا يضر كقوله لك علي الف درهم يا فلان الا عشرة
بخلاف ثم الف فاشهدوا الا كذا ونحو ... فاصلا فان الاستثناء لا يصح
بعده كما في المنح وفيه اشارة الى انه لو استثنى منفصلا عن اقراره لا يصح لانه يؤدي
الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه غير جائز مطلقا فلزمه ما اقر (صح
استثناء بعض ما اقر به او) كان الاستثناء (متصلا) باقراره (ولزمه باقيه)
لان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة
الا درهما معنى قوله علي تسعة سواء استثنى الاقل او الاكثر وهو قول للاكثر
لوروده في كلام الله تعالى وهو المذهب كما في التبيين وقال الفراء استثناء
الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وهو مذهب زفر وفي العناية
ولا فرق بين استثناء الاقل او الاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان
موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم تتكلم به العرب وهو الصحيح ولا فرق بين
ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه
او قال الا ثلثيه صح (وبطل استثناء الكل) وان ذكره موصولا فيلزمه كله
لانه لا يكون بيانا للكلام بل يكون رجوعا عن اقراره وذا غير جائز كما في اكثر
المعتبرات وقال صاحب المنح مقتضى هذا الكلام بطلان استثناء الكل من الكل
فيما يقبل الرجوع وليس كذلك وعن هذا قال في تنويره والاستثناء المستغرق
باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية ان كان بلفظ الصدر او مساويه وان بغيرهما
كعبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثناء
وتفصيله مامر في الطلاق وفي شرح المجمع ان استثناء الكل من الكل انما بطل
اذا كان بعين لفظ المستثنى منه واما اذا كان بغيره فيصح كما قال ثلث مالي لزيد
الا الفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء ولا يكون لزيد شيء كما مر في الطلاق
وفي الجوهرة واختلفوا في استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لانه يبطل كل
الكلام وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح انتهى
(وان اقر بشيئين واستثنى احدهما او احدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه)
يعني لو قال له علي كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز

باطل عند الامام (خلافا لهما) اي قالا يصح استثناء القفيز لانه كلام متصل لان قوله الاكر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد واذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح وله ان استثناء الكر باطل اجماعا فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعا وانما صورناها بتقديم الكر لانه لوقدم القفيز بان قال الاقفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقا لعدم الفاصل كما في شرح المجمع وغيره فعلى هذا اطلاق المص ليس بمحله بل يلزم التفصيل تأمل (وان استثنى بعض احدهما) بان قال له على كر حنطة وكر شعير الاقفيز حنطة اوالاقفيز شعير (او بعض كل منهما) بان قال له على كر حنطة اوكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير (صح اتفاقا) في الصورتين لعدم تخلل القاطع في الاولى وفي الثانية ان قوله الاقفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير كما في الاختيار (ولو استثنى كيليا او وزنيا اوعدديا متقاربا من دراهم) بان قال له على مائة درهم الاقفيز برا والادينارا اوالامائة جوز (صح بالقيمة) استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة درهم الاقيمة القفيز والدينار اوالجوز لان الاستثناء اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذالمقدرات جنس واحد معنى وان اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا فكانت جنسا واحدا في حكم الثبوت في الذمة والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر وعن هذا قال (خلافا لمحمد) لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس (ولو استثنى منها) اي من الدراهم (شاتا اوثوبا اودارا بطل اتفاقا) لان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لابد من وصف الثمنية ولو معنى وقال مالك والشافعي يجوز في كل واحد من الكيلي والوزني والعددي لتحقق المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر قيمة المستثنى ولزمه الباقي وفي التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحوله على الف درهم الامائة اوخمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح واذاكان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحوله على مائة درهم الاشيئا اوقليلا اوبعضا لزمه احد وخمسون وتمام المسئلتين في شرحه فليطالع (ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره) لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند ابي يوسف فكان اعداما من الاصل كما في الدرر وغيره لكن في العناية خلافه لانه قال ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى

اما اليتان كما هو مذهب ابي يوسف اوتعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه
في الطلاق فلزم المنافاة الاان يحمل على اختلاف الروايتين (وكذا ان علقه
بمشيئة من لايعرف مشيئته كالملائكة والجن) اى ان شاء الجن اوالملائكة لانه
لا تعرف مشيتهم فلا يقع عليه شئ لان الاصل براءة الذمة فلا يثبت بالشك
وفي البحر وكذا بمشية فلان وان شاء وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر
ولم يتضمن دعوى اجل كان قال ان حلفت فلك ما ادعيت به وان بشرط كائن
فتنجيز كعلى الف درهم إن مت لزمه قبل الموت وان تضمن دعوى الاجل
كاذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه الحال ويستحلف المقر له في الاجل
(ولو اقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسي (كانا)
اى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل في الاقرار معنى لا لفظا
والاستثناء تصرف في اللفظ فلم يصح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء
ثلثها لان اجزاء الدار داخلة تحت الدار فصح استثناؤه وعند الائمة الثلاثة
يصح استثناء البناء منها (ولو قال) المقر (بناؤها لى والعرصة) اى البقعة
(له كان) الحكم اوالاقرار (كما قال) بان يكون البناء له والعرصة للمقر له
لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض
دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى وارضها لفلان حيث
يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء
هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل منهما ما اقر له به (وفص
الخاتم ونخل البستان كبنائها) وكذا طوق الجارية لان دخول الفص
في الخاتم بالتبعية وكذا دخول النخل في البستان فلا يصح الاستثناء بخلاف
ما لو قال الحلقة لفلان والفص لى اوالارض له والنخل لى يصح (وان قال له
على الف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته منه (لم اقبضه) اى العبد الجملة
صفة عبد (فان عينه) اى المقر العبد بان ذكر عبدا بعينه وصدقه المقر له
في شرائه وعدم قبضه (قيل للمقر له سلم) العبد الى المقر (وتسلم) امر
من التفعل اى خذ ثمنه منه (ان شئت) فان سلم المقر له العبد المعين بان يحضره
بين يديه يلزم على المقر الالف بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة فيلزمه
على الصفة التي اقر بها وان لم يسلم العبد الى المقر لا يلزمه الالف اجماعا وهذه
المسئلة على وجوه احدها ماذكرهنا والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتك
وانما بعتك غيره والحكم فيه كالاول والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه
وحكمه ان لا يلزم على المقر شئ والرابع ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وانما بعتك
غيره وحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف وتمامه

في الدرر فليراجع (وان لم يعينه) اي المقر العبد ولم يصدقه المقرله في عدم قبضه (لزمه) اي المقر (الالف ولغا قوله لم اقبضه) عند الامام لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شيء وان فصل فان انكر المقرله سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقرله لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو قال له) علي الف (من ثمن خمر او خنزير لا يصدق) عند الامام وصل او فصل ولزمه الالف (وعندهما) والائمة الثلاثة (ان وصل صدق) في المسئلتين ولا يلزمه الالف على ما مر آنفا ولو قال له علي الف وهو حرام او ربوا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال زورا او باطلا ان صدقه المقرله فلا شيء عليه وان كذبه لزمه كما في التبيين (ولو قال له) علي الف (من ثمن متاع او اقرضني وهي) اي الالف (زيوف او نبهرجة) او ستوقة او رصاص (لزمه الجياد) لان البيع او القرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها هذا عند الامام لانه رجوع عن اقراره وصل او فصل (وقالا يلزمه ما قال ان وصل) لما مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان قال له) علي الف (من غصب او وديعة وهو زيوف او نبهرجة صدق) اتفاقا وصل او فصل فيلزمه ما اقر به لان الغصب لا يقتضي السلامة وكذا الوديعة لان الشخص يغصب ما يجده ويودع ما يملكه فلا يكون رجوعا بل بيانا للنوع فصدق مطلقا (ولو قال له) علي الف من غصب او وديعة (وهي ستوقة او رصاص فان وصل صدق) لانه بيان تغيير (والا فلا) اي وان فصل لا يصدق لانهما ليسا من جنس الدراهم الا ان اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب) اي بثوب معيب (صدق) المقر مع الحلف ان لم يثبت الخصم سلامته لما مر ان الغصب غير مختص بالسليم كالوديعة (ولو قال) له (علي الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والا لزم الالف) لما مر ان الاستثناء يجوز متصلا لا منفصلا (ولو قال) المقر (اخذت منك الفا وديعة فهلكت) في يدي من غير تعد (وقال المقرله) بل (اخذتها) مني حال كونها (غصبا ضمن) المقر ما اقر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال له المقرله بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا

لا يوجب الضمان على الآحد الا باعتبار عدم الضمان والمالك يدعى عليه اخذه وذلك ينكر فالقول قول المنكر (ولو قال) المقر (بدل احدثت اعطيتني لا بطني) المقر لانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله (ولو قال غصبت هذا الشئ من زيد لا بل من عمرو هو) اى الشئ (لزيد وعليه) اى المقر (قيمته لعمرو) لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو ولو قال له على الف لا بل الفان يلزمه الفان استحسانا وفي القياس يلزمه ثلثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا اسود لا بل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه وكذا له على كر حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان على الف درهم لا بل لفلان لزمه المالان ولو قال له على الف لا بل خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك ان لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحدا لزم اكثر المالين وتمامه في الاختيار فليراجع وفي التنوير ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان او الوديعة التي عند فلان هي لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ (ولو قال) لآخر (هذا) الشئ (كان لي وديعة عندك فاخذته وقال الآخر هو لي دفع اليه) اى الى الآخر لان المقر اقر باليد له ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه فاذا وقيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر وان قال آجرت فرسي او ثوبي هذا فلانا فركبه اى الفرس (او لبسه) اى الثوب (ورده) اى رد الفرس او الثوب (على وقال) فلان (بل هو لي او اعرته او اسكنته داري ثم ردها) اى الدار (على صدق) يعني القول قول المقر في ذلك عند الامام استحسانا لان اليد في الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالاقرار له باليد لا يكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (القول) مع يمينه (للمأخوذ منه) وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقر له ثم ادعى عليه الاستحقاق فقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم قيم على صدق دعواه بينة ان قدر (ولو قال) لآخر (خاط ثوبي هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر) اى قال الثوب ثوبي (فعلى هذا الخلاف) اى يصدق القابض عند الامام لا عندهما (في الصحيح) احترازا عن قول بعضهم ان القول

قول المقر بالاجماع وفى الاسرار الاختلاف اذا لم يكن الدابة او الثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا (ولو قال له اقتضيت) اى قبضت (من فلان الفا كانت لى عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له) فله ان يأخذها منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه (اخذه منه) اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فالقول للمنكر (ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لى استعنت به) اى بفلان (فيه) اى فى الزرع او البناء او الغرس وذلك كله فى يد المقر (وادعى فلان ذلك) اى قال المال ملكى وفعلت ذلك لنفسى لا بالاعانة لك ولا باجر منك كما زعمت (فالقول للمقر) لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا ولو قال ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل كما فى التبيين

(باب اقرار المريض)

افرده فى باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة (دين صحته) اى المريض (وما لزمه) اى المريض (فى مرضه) اى فى مرض الموت (بسبب معروف) كبدل ما ملكه بالاستقراض او بالشراء وعاينهما الشهود او اهلاك مالا او تزوج بمهر مثلها وعاينهما الناس (سواء) لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة فى مرضه (ويقدمان) اى دين الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب معروف (على ما اقر به فى مرضه) ولو كان المقر به وديعة كما فى البحر هذا عندنا وعند الائمة الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى اول مرضه لانه عجز عن قضائه عن مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به (والكل) اى كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل افرادى فانه

اكثر احتمالا كما فى القهستانى (مقدم على الارث) وان احاط الدين الذى اورثه جميع ماله والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لكن ترك بالاثر وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما اذا اقر المريض بدين جاز ذلك فى جميع تركته والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات ولا يترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولان قضاء دينه من حوائجه الاصلية كتكفينه (ولا يصح تخصيصه) اى المريض (غريما) من الغرماء (بقضاء دينه) اى ليس للمريض ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاه مهر وايفاء اجرة لان هذه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده واذا اقر بدين ثم بدين تحاصا وصل اوفصل ولو اقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة اولى واقراره ببيع عبده فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض الثمن الا بقدر الثلث بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو اقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لا يصح والا ينفذ من الثلث الا فى اقراره باستيفاء بدل الكتابة فانه كما فى البحر وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز ان كان اجنبيا وان كان وارثا فلا يجوز مطلقا وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شئ صحيح قضاء لا ديانة كما فى التنوير وفى المنح قالت هذه ليس لى على زوجى مهرا وقال فيه لم يكن لى على فلان شئ ليس لورثته ان يدعوا عليه شيئا فى القضاء وفى الديانة لا يجوز هذا الاقرار ولو اقر الابن عنه انه ليس له على والده شئ من تركة امه صح بخلاف ما وابرأه او وهبه وكذا لو اقر بقبض ما له منه وتمامه فيه فليطالع (ولا) يصح (اقراره) اى المريض بدين اوعين (لوارثه) عندنا وعند الشافعى فى القول الاصح يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية للوارث ولا اقرار له بالدين لانه ضرر لبقية الورثة (الا ان يصدقه) اى المريض (بقية الورثة) لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية وكذا لو رجع فيما وهبه منه فى مرضه او قبض ما غصبه منه ورهنه عنده او استرد المبيع فى البيع الفاسد وكذا لا يجوز ذلك لعبد وارثه ولا مكاتبه لانه يقع لمولاه ملكا او حقا ولو صدرت هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم بر ثم مات جاز ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة كما

فى الاختيار وفى التنوير اقر فيه لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات يرده وفى القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (وان اقر) المريض (لاجنبي صح) لعدم التهمة (وان) وصلية (احاط) اقراره اى استغرق (بماله) لما بينا (وان اقر) المريض (لاجنبي ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (وبطل اقراره) لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فبطل الاعند الشافعي فى الاصح ومالك لا يبطل اذا لم يتهم (وان اقر) المريض (لاجنبية) اى لامرأة اجنبية (ثم تزوجها لا يبطل اقراره) لها وقال زفر يبطل لانها وارثة عند الموت فيحصل التهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال فى البحر وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الاقرار الا اذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة وفى التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذ زال حجبه وصار غير محجوب فانه يبطل اقر فيه انه كان له على ابنه البينة عشرة قد استوفيتها والمقر ابن ينكر ذلك صح اقراره كما لو اقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثا وقيل لا يصح (ولو اوصى لهـا) اى لاجنبية (ثم تزوجها بطلت) الوصية لانها تمليك مضافا الى ما بعد الموت وهي وارثة فى هذا الوقت فتبطل (ولو وهبها) اى لاجنبية شيئا (ثم تزوجها فلا رجوع) هذا مخالف لعامة المتون والشروح قالوا فى هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة كالوصية لان الهبة فى المرض وصية فعلى هذا لو قال ولو اوصى لها او وهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واولى والعجب من المصنف قد نطق بالحق فى كتاب الوصايا حيث قال وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها وغفل ههنا الا ان يقال انه يمكن الجواب عن طرف المصنف بان المراد بقوله فلا رجوع ابطلانه لانه اذا كانت الهبة باطلة لا يجرى عليها الرجوع فذكر عدم الرجوع واراد البطلان وفى التنوير ولو اقر لمن طلقها ثلاثا فيه اى فى المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤ لها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها (وان اقر) رجل (بغلام) اى ولد فيشمل البنت (مجهول النسب) فى بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب فى كل موضع على ما فى القنية لكن فى اكثر الكتب ان يجهل نسبه فى مولده فان عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (يولد) صفة بعد صفة لغلام او حال منه (مثله) اى مثل هذا الغلام (لمثله) اى لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتى عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما فى المضمرات (انه) اى ان هذا الغلام

(ابنه وصدقه) اى المقر (الغلام) ان كان الغلام معبرا لانه فى يد نفسه بخلاف الصغير لانه فى يد غيره وينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط وعند الائمة الثلاثة بلا تصديقه ايضا يعتبر لو كان غير مكلف (ثبت نسبه) اى الغلام (منه) اى المقر لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (ولو كان المقر فى حالة الاقرار (مريضا ويشاركه) الغلام (الورثة) المعروفة فى الميراث لانه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه (وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد) بالشروط المتقدمة فى الابن لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة) اى صح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وبشرط ان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها (والمولى) اى صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقر (وشرط تصديق هؤلاء) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه لانه الحق له (وكذا) يصح (اقرار المرأة) بالوالدين والولد والزوج والمولى لما ذكرنا (لكن شرط فى اقرارها) اى المرأة (بالولد تصديق الزوج ايضا) كما ان تصديق الولد شرط لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد اقر به هذا اذا كان لها زوج او كانت معتدة منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هى معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (او شهادة قابلة) بولادته منها لان قول القابلة حجة فى تعيين الولد (وصح تصديقهم بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد الموت (الا تصديق الزوج بعد موتها) اى الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام لانه لما مات زال النكاح بعلائقه فى جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيئا واو باعتبار ارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح استند الى وقت الاقرار فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار ارث يحدث بخلاف ما اذا اقر بنكاح امرأة ومات فصدقته بعد موته لان علائق النكاح باقية بعد موته فى جانبها ولذا يحل لها ان تغسله لكونها مالكا لها حتى يبقى ملكه الى انقضاء العدة فلها المهر والارث منه وفاقا (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح ايضا) اى كما يصح تصديقهم بعد موت المقر لبقاء النكاح بعد موتها فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منعدم بعد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما

فيرث منها ولهذا لو اقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان اقر) رجل (بنسب غير الولاد كاخ وعم لا يثبت) النسب منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة البينة الا في حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما (ويرثه) اى يرث هذا المقر له من ذلك المقر (ان لم يكن له) اى للمقر (وارث معروف ولو) كان (بعيدا) لانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلا يجوز وباستحقاق ماله ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وان كان له وارث قريب او بعيد لا يرث المقر له من المقر (ومن مات ابوه فاقر باخ) وهو يصدقه (شاركه في الارث ولا يثبت نسبه) لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففي ثبوته تحميله على الغير فلا يقبل فيه (ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للآخر ولا شيء للمقر) يعني ان مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شيء للمقر والمكذب نصفه لانه اقر بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه في الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على خمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيأ الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وقال صاحب الدرر في غرره حرة اقرت بدين لآخر فكذبها زوجها صح في حق زوجها عند الامام حتى تحبس وتلازم وعندهما لا مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح في حق المرأة لا في حق الزوج وحق الاولاد حتى لا يبطل النكاح والاولاد حصلت قبل الاقرار وما في بطنها وقت الاقرار احرار مجهول النسب حرر عبدا ثم اقر بالرق لانسان وصدقه المقر له صح اقراره في حقه حتى صار رقيقا له دون ابطال العتق حق في معتقه فان مات العتيق يرثه وارثه ان كان له وارث والا فالمقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر

(كتاب الصلح)

وجه المناسبة في ايراده بعد الاقرار ان انكار المقر سبب للخصومة وهي تستدعي الصلح هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح ضد الفساد وفي الشرع (هو) اى الصلح (عقد يرفع النزاع)

من الطرفين وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له كما في الدرر وفي العناية الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وقال واما اذا وقع الدعوى في الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وصح من صبي مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب وشرط ايضا كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان المصالح عنه او مجهولا لا يصح الصلح او كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى كما في المنح والبحر (ويجوز) الصلح (مع اقرار) من المدعى عليه (وسكوت) منه بان لا يقر ولا ينكر (وانكار) وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم ولقوله عليه السلام الصلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لانهما صلح احل حراما لانه اخذ المال بغير حق في زعم المدعى عليه فكان رشوة ولنا ما رويناه واول ما رويناه وقيل آخر احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وفي العناية تفصيل فليراجع (فالاول) اى الصلح بالاقرار (كالبيع) في احكامه (ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من غير جحود ثم فرعه بقوله (فتثبت فيه الشفعة) اى تثبت الشفعة في الصلح عن عقار او على عقار كما ثبت في البيع فللشفيع حق المطالبة في كل منهما (والرد بالعيب) فان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له ان يرده (وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه (والشرط) بان يصالح على شئ فشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من احكام البيع (وتفسده) اى الصلح (جهالة البدل) اى الذي وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا تفسده) (جهالة المصالح عنه) لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة خلافا للشافعي وفي العناية تفصيل فليطالع (وتشترط القدرة على تسليم البدل) لان القدرة عليه شرط في صحة الصلح كما تكون معلومية البدل شرطا في الصحة (وان استحق) في صلح مع اقرار (بعض المصالح عنه او) استحق (كله رجع) المدعى عليه على المدعي (بكل البدل او بعضه) صورته ادعى زيد دارا مثلا في يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد

والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا اوكلها رجع عمرو على زيد بخمسين درهما فى الاولى وبمائة درهم فى الثانية وفى تحرير المص من اللف والنشر الغير المرتب واما تصوير صاحب الدرر فى هذا المحل لا يوافق متنه بل الصواب ماصورناه تتبع (وان استحق بعض البدل اوكله رجع) المدعى وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو (بكل المصالح عنه اوبعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما اخذمنه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته ادعى على رجل شيأ فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة اوعلى ركوب دابته معلومة اوعلى لبس ثوبه اوخدمة عبده اوزراعة ارضه مدة معلومة فيكون معنى الاجارة لان العبرة للمعانى والاجارة تمليك المنفعة وهذا الصلح كذلك ثم فرعه بقوله (فيشترط فيه التوقيت) لكن هذا فى الاجير الخاص بان ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد اوسكنى سنة وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب اوركوب الدابة اوحمل الطعام الى موضع كما فى التبيين (ويبطل) الصلح (بموت احدهما) اى احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستأجر وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود الى الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر مابقى فيرجع فى دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعى يستوفى المنفعة على حاله وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة (والاخيران) اى الصلح عن سكوت اوانكار (معاوضة فى حق المدعى) لانه يزعم ان ما اخذه كان عوضا عما يدعيه (وفداء اليمين وقطع المنازعة فى حق الآخر) اى المدعى عليه لانه يزعم ان المدعى مفتر ومبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة ويجوز ان يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى اصولهما فيأخذ كل واحد منهما بما يزعم ثم فرعه بقوله (فلا شفعة فى دار صولح عنها) اى الدار (مع احدهما) اى مع سكوت او انكار صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر اوانكر فصالح عنها بدفع شئ آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه يأخذها على اصل حقه ويعطى المال دفعا للخصومة لانه يثبتها ولا يلزمه زعم المدعى لان المرء لا يؤاخذ الا بزعمه (وتجب) الشفعة (فى دار صولح عليها) اى على

الدار فيما ادعى ماله على آخر فسكت او انكر فصالح بدفع الدار له لان المدعى يأخذها عوضا عن ماله فيؤخذ بزعمه (وما استحق من المدعى بعضا او الا) في صورة الصلح مع سكوت او انكار (رد المدعى) على المدعى عليه فيها (حصته) اى ما استحق (من البدل) لان المدعى عليه قد بذل العوض لدفع خصومة المدعى فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعى مع المدعى عليه فيرد ما اخذه في مقابلة الخصومة على المدعى عليه (ورجع) المدعى (بالخصومة) مع المستحق (فيه) اى فيما استحقه بعضا كان او كلا (وما استحق من البدل) بعضا او كلا (يرجع المدعى الى دعواه في قدره) اى في قدر البدل اى رجع المدعى الى الدعوى في الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعى لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشيء بهذا او قال الآخر اشتريت حيث يرجع المشترى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما في التبيين (وهلاك البدل) اى بدل الصلح (قبل التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه) اى كاستحقاق بدل الصلح فبطل به لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هنا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه في الفصلين اى في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت ففي الاقرار يرجع بكله او بعضه وفي الانكار يرجع بالدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) يعنى اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها (لا يصح) الصلح وهو على دعواه في الباقي لان البعض لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشيء عوضا عن نفسه اذ البعض داخل في ضمن الكل ولان ما قبضه من عين حقه فيكون على طلبه في باقي الدار اذ الاسقاط لا يقع من الاعيان لكونه مخصوصا بالديون (وحيلته) اى حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (في البدل شيئا) فيصير الزائد عوضا عن الباقي (او يبرأ) بضم اوله وفتح ثالثه اى يبرأ المدعى عليه او بضم اوله وكسر ثالثه اى يبرئ المدعى المدعى عليه (عن دعوى الباقي) بان يقول المدعى ابرأتك او برأت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين صحيح كما في المنح

(فصل)

(يجوز الصلح عن مجهول) لانه اسقاط (ولا يجوز الا على معلوم) لانه تمليك فيؤدي الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه معلوم على معلوم ومجهول على معلوم وهما جائزان ومجهول على مجهول ومعلوم على مجهول وهما فاسدان فالحاصل ان كل ما يحتاج الى

قبضه لابدان يكون معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة وما لايحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه به فانه لايفضي الى المنازعة وتمامه في العناية وغيرها فليطالع (فيجوز) الصلح (عن دعوى المال) لوجود معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن اقرار او سكوت او انكار (وعن) دعوى (المنفعة) كان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح لكن انما يجوز عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز كما في الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما في السراج وغيره لكن في البحر ان الصلح عن دعوى المال مطلقا والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها او الاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا والمنافع ان اختلف جنسها فانه يجوز لا ان اتحد انتهى (و) يصح الصلح عن دعوى (الجناية في النفس) من القتل (و) في (مادونها) من نحو شج الرأس وقطع اليد (عمدا) كانت الجناية (او خطأ) اما العمد فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية اي من اعطي له بدل اخيه المقتول شيء بطريق الصلح واما الخطاء فلان موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لاتصح الزيادة على قدر الدية والارش على اخذ مقادير الدية للربوا الا اذا قضى القاضي باخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل لانه لاموجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربوا لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين (و) يصح الصلح ايضا (عن دعوى الرق) كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شيء معين (وكان عتقا بمال) في حق المدعي وفي حق الآخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (ولا ولاء) له (عليه) لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا اذا انكر العبد الرق اما اذا صالحه باقراره فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (دعوى الزوج) النكاح وكان خلعا مطلقا في زعمهما ان كان باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار يكون خلعا في زعمه ودفعا في زعمها لاتلزم العدة عليها قضاء فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل

(ويحرم) اخذ المال (عليه) اى على المدعى (ديانة ان كان مبطلا) فى دعواه وهذا عام فى جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كما فى العناية (ولو صالحها بمال لتقرله بالنكاح جاز) ويجعل زيادة فى المهر لانهما تزعم انه زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد فى مهرها (ولا يجوز ان ادعته) اى النكاح (المرأة). هكذا فى بعض نسخ القدورى وهو الصحيح صرح به الزاهدى ولذلك اختار المص ووجهه انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح (وقيل يجوز) ووجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة فى مهرها (ولا) يصح الصلح (عن دعوى الحد) من الحدود فلو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال ان لا يرفعه اليه يبطل الصلح وله ان يرجع بما دفع وكذا اذا اخذ قاذف المحصن او المحصنة فصالحه لان الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز كصلح واحد عن حق العامة كما اذا صالحه عما اشرعه الى الطريق نعم للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين ويضع ذلك فى بيت المال (وان قتل عبد ماذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز) لان رقبته ليست من تجارته ولذا لا يملك التصرف فيها بيعا فلا يملك استخلاصها بمال المولى الا ان ولى القتل لا يقتله بعد الصلح لانه عفا عنه ببدله ولا يجب عليه البدل للحال ويتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح عن نفسه (بخلاف صلحه) اى الماذون (عن نفس عبد له) اى للماذون (قتل رجلا عمدا) فجاز صلحه لان تصرفه فى عبده من باب التجارة فيملك التصرف بيعا واستخلاصا (وان صالح) الغاصب (عن مغصوب تلف باكثر من قيمته) اى قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (جاز) يعنى ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين جاز عند الامام (وقالا يبطل الفضل) من قيمته (ان كان مما لا يتغابن) الناس (فيه) لان حقه فى القيمة والزائد عليها ربوا وله ان حقه فى الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا (وان) صالح عنه (بعرض صح مطلقا) اى سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب اولا (اتفاقا) لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وانما قيدنا قبل القضاء لانه اذا قضى القاضى بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته لا يجوز اجماعا كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان اولى وقيد بكون الصلح على اكثر من قيمته بعد الاستهلاك اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقا وكذا لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق

جاز بالاجماع كما فى العناية (وان اعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (وصالح) الشريك (عن باقيه باكثر من نصف قيمته) اى العبد (بطل الفضل) بالاتفاق اما عندهما فظاهر والفرق للامام ان القيمة فى العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لايكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ماتقدم لانها غير منصوص عليها (وان) صالحه (بعرض صح) كيف ما كان لما مر انه لايظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد العتق بقوله موسرا اذ لو كان معسرا لاتلزم عليه قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد سعايته كما مر (ويجوز صلح المدعى بمال يدفعه الى المنكر ليقر له) بالعين صورته رجل ادعى عينا على رجل فى يده فانكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون فى حق المنكر كالبيع وفى حق المدعى كالزيادة فى الثمن كما فى الاختيار (وبدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه) على آخر من المكيلات والموزونات (يلزم) اى البدل (الموكل لا الوكيل) لان الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر فى الوكالة (الا ان ضمنه) اى الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا بعقد الضمان لا بعقد الصلح والاستثناء منقطع (وبدل ما) اى بدل صلح (هو كبيع) بان كان الصلح عن مال بمال مع اقرار (يلزم) البدل (الوكيل) لا الموكل لان الوكيل فى المعاوضة المالية اصيل وفى المعاوضة الاسقاطية سفير قيدنا مع اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لايجب البدل على الوكيل مطلقا كما فى البحر وما فى الاصلاح من ان كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط كيف والصلح عن فرس بفرس جائز مخالفا لما ذكر فى اول الكتاب وهو قوله صح مع اقرار كبيع ان وقع عن مال بمال من غير جنسه ثم قال فى تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط وابراء او قبض واستيفاء او فضل وربوا تدبر (وان صالح فضولى) اى صالح رجل عن رجل آخر بلا امر (وضمن) الفضولى (البدل او اضاف الى ماله) اى الى مال نفسه بان قال صالحتك على الف هذه او على عبدى هذا (او اشار الى عرض او نقد بلا اضافة) بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا الالف (او اطلق) بان قال صالحتك على الف (وسلم) القدر المصالح عليه الى المدعى (صح) الصلح اما اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما اذا اضاف الى ماله فلانه بهذه الاضافة التزم التسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه واما اذا اشار الى نقد او عرض فلانه

تعيين تسليم بشرط فيتم به الصلح واما دا اطلق وسلم فلان التسليم اليد يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (وكان) الفضول (متبرعا) لانه فعله بلااذن المدعى عليه (وان اطلق) اى صالحك على الف (ولم يسلم توقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه جاز) الصلح (ولزمه البدل) لالتزامه اياه باختياره هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح ولم يتوقف الااذا لم يذكر البدل كافى القهستانى (والا) اى وان لم يجزه (بطل) الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا اولا والبدل عينا او دينا لان المصالح هنا هو الفضولى لاولاية على المطلوب فلاينفذ تصرفه عليه فيتوقف على اجازته وفى التنوير والخلع فى جميع ماذكرنا من الاحكام كالصلح ادعى وقفية ارض على آخر ولا بينة للمدعى على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح وطاب له لو صادقا وقيل لا كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا الصلح بعد الشراء اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعى قال قبل الصلح ليس لى قبل فلان حق والصلح ماض على الصحة ولوقال المدعى بعده ماكان لى قبل المدعى عليه حق بطل الصلح والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا ويصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة وقيل لا طلب الصلح والابراء من المدعى عليه عن الدعوى لايكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن المال صالح البايع مع المشترى عن عيب وظهر عدم ذلك العيب اوزال العيب بطل الصلح

(باب الصلح فى الدين)

وهو الذى ثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (على بعض جنسه) كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة (اخذ) خبر المبتدأ (لبعض حقه واسقاط لباقيه) لان تصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لامعاوضة) لافضائه الى الربوا ثم فرعه بقوله (فلو صالح) المديون دائنه (عن الف حال) فى ذمته (على مائة حالة) باسقاط مافضل هو تسعمائة (او) عن الف حال على (الف مؤجل) باسقاط وصف الحلول فقط هو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح لو صالح (عن الف جياد على مائة زيوف) باسقاط مافضل واسقاط وصف الجودة معا ولايشترط قبض البدل

في هذه الصور لكونه مداينة لامعاوضة (ولا يصح) لو صالح (عن دراهم حالة على دنانير مؤجلة) الى شهر سواء عن اقرار او انكار لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا لا يجوز لكونه صرفا (او) صالحه (عن الف مؤجل على نصفه حالا) فانه لا يصح ايضا لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (او) صالحه (عن الف سود) جمع اسود اى دراهم مضروبة من نقرة سوداء مغلوبة الغش (على نصفه بيضا) لانه من دراهم سود لا يستحق البيض فقط صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة وكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو اجود كما لو صالحه عن الف حال على الف مؤجل او صالحه عن الف بيض على الف سود جاز بشرط قبضه في المجلس لانه اذا كان الذى يستوفيه ادون من حقه قدرا و وصفا ووقتا او في احدها فهو اسقاط واذا كان ازيد منه فمعاوضة (ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح) لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (وان قال من له على آخر الف اد غدا نصفه) اى نصف الف (على انك برئ من باقيه ففعل) من عليه الالف ذلك بان قبل وادى اليه في الغد النصف (برئ) عن النصف الباقى بالاتفاق (والا) اى وان لم يؤد غدا بالنصف (فلا يبرأ) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال يبرأ وان لم يؤد ولا يعود اليه النصف الساقط ابدا لانه ابراء مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابراء نظرا الى كلمة على والاداء لا يصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه ولهما انه ابراء مقيد بشرط الاداء وانه غرض صالح حذرا من افلاسه او يتوصل بها الى ما هو الانفع من تجارة رابحة او قضاء دين او دفع حبس فاذا عدم الشرط بطل الابراء وكلمة على تحتمل الشرط فحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف وهذه المسئلة على وجوه الاول ما ذكر والثانى قوله (وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرأ اذا لم يدفع اجماعا) يعنى ان قبل وادى اليه النصف في الغد برئ عن الباقى والا فالكل عليه بالاجماع لانه اتى بتصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث قوله (وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطينى نصفه غدا برئ) جواب ان (من نصفه اعطى النصف في الغد (او لم يعط) لان الداين اطلق البراءة في اول كلامه ثم ذكر

الاداء الذي لا يصلح عوضا في احتمل كون الاداء شرطا وهو شكل معا لكونه مذكورا او مخرا عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطا فبقي البراءة على الاطلاق فيصير الاداء وعدمه غير مفيد في حق البراءة بخلاف الاداء في الصورة الاولى لكونه مفيدا في البراءة لذكره في اول الكلام وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين والرابع قوله (وكذا لو قال ادالي نصفه على انك بريء من باقيه ولم يوقت الاداء) وقتا فانه يصح الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت الاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء واجب على المديون في مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح كما في الهداية والخامس قوله (ولو قال ان اديت الي نصفه فانت بريء او اذا اديت او متى اديت) الي نصفه فانت بريء (لا يصح الابراء وان) وصلية (ادي) نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك (ومن قال) اي المديون (سرا لرب دينه لا اقر لك حتى تؤخر) اي الدين (عني او تحط عني) بعضه ففعل) رب الدين التأخير او الحط (جاز) اي التأخير والحط لانه ليس بمكره عليه فصار نظير الصلح مع الانكار فلا يمكن من مطالبته في الحال ان اتأخير ولا من مطالبة ما حط في الحط ابدا (وان اعلن) ما قاله سرا (لزمه) اي جميع الدين (للحال) اي بلا تأخير ان اخر ولا حط ان حط

(فصل)

في الدين المشترك والتخارج (وان صالح احد ربي الدين) في دين (عن نصفه) اي الدين وهو نصيبه (على ثوب فلشريكه) الخيار ان شاء (ان يتبع المديون بنصفه) اي بنصف الدين ابقاء حصته في ذمته (او اخذ نصف الثوب) من شريكه لان له حق المشاركة لانه عوض عن دينه (الا ان يضمن) اي الشريك (له) المصالح (ربع الدين) لان حقه في الدين لا في الثوب ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثاني ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (ولو قبض) احد الشريكين (شيأ من الدين يشاركه شريكه فيه)

اى فى الذى قبضه اذ لم يشاركه تلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا غير جائز فله ان يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة (واتبعا) اى الشريكان رجعا (على الغريم) اى المديون (بمابقى) من الدين لاستوائهما فى الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على القابض بنصف ماقبض لكن ليس ان يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة بل يعود الى ذمته (وان) لم يصالح احد الشريكين بل (اشترى) من الذى عليه الدين (بنصيبه) من الدين (شيئا) فالآخر مخير ان شاء (ضمنه شريكه ربع الدين) لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولاضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والمسامحة فلو الزمناه دفع ربع الدين بتضرر به لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلهذا خيرناه (او اتبع الغريم) ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشارك (ومن ابرأ) احدهما ذمة المديون (عن نصيبه اوقاص الغريم بدين سابق) بان كان المطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به (لايضمن لشريكه) شيأ فى الصورتين امافى الاولى فلان الابراء اتلاف لاقبض والرجوع يكون فى المقبوض لافى المتلف واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وان ابرأ) احدهما (عن البعض) اى بعض نصيبه (قسم الباقى على سهامه) لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لوكان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كما فى الدرر (وان اجل) احدهما (نصيبه لايصح) التأجيل عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء المطلق ولهما انه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية وفى النهاية ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لماذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابى يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المص قد اطلع على رواية لمحمد مع الامام (وبطل صلح احد ربى السلم) اى احد الشريكين فى سلم (عن نصيب على مادفع) من رأس المال وهذا عند الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة وانها لاتجوز (خلافا له) اى لابى يوسف (ايضا) كما خالف فى المسئلة الاولى فان عنده تجوز لانه دين مشترك فاذا صالح احدهما على حصته جاز كسائر الديون كما فى شرح الكنز للعينى وانما شرط على دفع رأس

المال لان الصلح على غير رأس المال لايجوز بالاتفاق لما فيه من استبدال المسلم فيه وفي التنوير صالح احد ربي سلم عن نصيبه على مادفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد وبطل ثم قال وهذه العبارة اولى من قول الكنز وهو اختيار المض وبطل الى آخره لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الا ان يراد به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة انتهى (وان اخرج الورثة احدهم عن عرض) هي التركة (او) اخرجوه عن (عقار) هي التركة (بمال) اعطوه له (او) اخرجوه (عن احد النقدين بالآخر) اي عن ذهب هو التركة بفضة دفعوها اليه او عن فضة هي التركة بذهب دفعوه اليه (او عنهما) اي عن النقدين (بهما) اي بالنقدين بان كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) هذا الصلح في الوجوه كلها (قل البدل او كثر) صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن في الوجه الثاني والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزا عن الربوا لانه صرف ولا يعتبر التساوي والاصل في جواز التخارج اثر عثمان رضي الله تعالى عنه فانه صالح تماضر امرأة عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه عن ربع الثمن وكان له اربع نسوة على ثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير (وعن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) اي غير النقدين مثل العقار والعروض يراد ان التركة ان كانت مشتملة على هذه الاجناس فاخرجوه (باحد النقدين) يعني دفعوا اليه اما فضة او ذهبا (لايصح الا ان يكون المعطى) بفتح الطاء اي الذي اعطوه (اكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربوا وذلك لان الصلح لايجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لاتجوز لكن لابد من التقابض في المجلس فيما يقابل النقدين لانه صرف في هذا القدر (وان) صالحوا (بعرض) في هذه الصورة (جاز مطلقا) لعدم الربوا (وان) كان (في التركة دين على الناس فاخرجوه) اي اخرجت الورثة احدهم (ليكون الدين لهم بطل الصلح) لان فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل ثم تعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عند الامام وينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته ثم ذكر لصحته الصلح حيلا فقال (فان شرطوا) اي الورثة (براءة الغرما عن نصيبه) اي من الدين الذي هو نصيب المصالح (صح) الصلح لانه اسقاط وتمليك للدين ممن عليه الدين وفي هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لايمكنهم الرجوع على

المديون بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق في على المديون فاذا وجد الضرر مع النفع في محل لا يعد الضرر ضررا فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض (وكذا) صح الصلح (ان قضوا) اى تجلوا قضاء (حصته) اى حصة المصالح (منه) اى من الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله (او اقرضوه) اى اقرض بقية الورثة المصالح (قدرها) اى قدر حصته من الدين (واحالهم) اى احال المصالح الورثة (به) اى بالقرض الذى اخذه منهم (على الغرماء) وهم يقبلون الحوالة (وصالحوه عن غيره) اى عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلا (صح) وفى التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم (وفى صحة الصلح عن تركة هى اعيان غير معلومة على مكيل او موزون اختلاف) قال الامام المرغينانى لا يصح لاحتمال الربوا بان كان فى التركة المجهولة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح وقال الفقيه ابو جعفر يصح لاحتمال ان لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وعلى تقدير كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها هذا هو الصحيح كما فى التبيين وغيره (والاصح الجواز ان علم انها) اى التركة (غير المكيل او الموزون) والاولى بالواو كما فى الهداية وغيرها (اذا كانت كلها) اى كل التركة (فى يد البقية) اى بقية الورثة لان التركة قائمة فى ايديهم فالجهالة فيها لا تفضى الى النزاع لعدم الحاجة الى التسليم حتى لو كان بعض التركة فى المصالح ولا يعرفه بقية الورثة لا يجوز وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع (وبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق) للتركة لان التركة لم يملكها الوارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع فى التركة او يضمن اجنبى (بشرط براءة الميت وان) كان الدين (غير مستغرق فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه) اى قضاء الدين لحاجته الى تقدم القضاء (ولو فعل) وصالح (قالوا يجوز) لان التركة لا تخلو عن قليل دين والداين قد يكون غائبا فتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه والداين لا يتضرر لان على الورثة قضاء دينه (والقسمة تجوز قياسا) لما مر من ان التركة لا تخلو عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة (لا) تجوز (استحسانا) وهو قول الكرخى لان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء من التركة الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه (وقيل القياس

ان يوقف الكل) لما مر من ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة (والاحسن ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقي) لدفع الضرر عن الورثة وفي الدرر واذا اخرجوا واحدا فحصته تقسم بين الباقي على السواء ان كان ما اعطوه من مالهم غير الميراث المشترك بينهم وان كان ما اعطوه له مما ورثوه من الميت فعلى قدر ميراثهم والموصى له كوارث فيه فيما صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون داخلا في الصلح اشهرهما اي القولين لا يكون داخلا هه

(كتاب المضاربة)

هي مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين يسافرون في التجارة وسمي هذا العقد بها لان العامل فيه يسير في الارض غالبا لطلب الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفي الشرع (هي) اي المضاربة (شركة في الربح) بان يقول رب المال دفعته مضاربة او معاملة على ان يكون لك من الربح جزء معين كالنصف او الثلث او غيره ويقول المضارب قبلت فيفيد اشعارا بان كلا من الايجاب والقبول ركن والطرف للشركة (بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل من جانب) آخر وهو جانب المضارب وهو مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عن المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله تعالى عنهم (والمضارب امين) ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة والحيلة في ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرضه من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل بجزء شائع من الربح فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ رأس المال بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض وهو العامل وذكر الزيلعي حيلة اخرى فليطالع (فاذا تصرف) المضارب في المال (فوكيل) لانه متصرف في ملكه بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل

(فان ربح) منه (فشريك) رب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة (وان خالف) المضارب شرط رب المال (فغاصب) ولو اجاز بعده لوجود التعدي منه على مال غيره فصار غاصبا فيضمن وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي والحسن والزهري انه لاضمان كما في الشمني (وان شرط كل الربح له) اي للمضارب (فمستقرض) فان استحقاق كل الربح لايكون الابعد ان يصير رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء (وان شرط) كل الربح (لرب المال فمستبضع) حيث يكون عاملا لرب المال بلابدل وعمله لايتقوم الابالتسمية فكانه كان وكيلا متبرعا (وان فسدت) المضاربة بشيء (فاجير) لان المضارب عامل لرب المال وماشرطه له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر معنى الاجارة فلاربح حينئذ لانه يكون في المضاربة الصحيحة (ولما فسدت) صارت اجارة (فله) اي للمضارب (اجر مثله) اي اجر مثل عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة (ربح اولم يربح) وبه قال الشافعي لانه لايستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح في رواية الاصل وعن ابي يوسف لااجر له اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة (ولا يزاد) اجر مثل عمله (على) قدر (ماشرط له) من الربح (عند ابي يوسف) لانه رضي به وهو المختار (خلافا لمحمد) فان له اجر المثل عنده بالغا مابلغ وبه قالت الائمة الثلاثة (ولايضمن المضارب (المال) بالهلاك (فيها) اي المضاربة الفاسدة (ايضا) اي كما لايضمنه في المضاربة الصحيحة لانه امين فلايكون ضمينا وهذا ظاهر الرواية وبه يفتى وعن محمد انه يضمن كما في القهستاني وقال الطحاوي عدم الضمان قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وقال الاسبيجابي والاصح انه لاضمان على قول الكل كما في العناية (ولاتصح المضاربة الابمال تصح به الشركة) من النقدين والتبر والفلس النافق لكن في الكبرى ان في المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين انها تصح بالفلس ولم تصح عند محمد وعليه الفتوى كما في القهستاني (وان دفع عرضا وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة فقبل اوقال اقبض مالي على فلان) من الدين (واعمل فيه مضاربة) فقبل (جازت ايضا) كما تصح به الشركة لان المضاربة في المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن العرض وهو مما تصح فيه المضاربة وفي الثانية اضيفت الى زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا العقد بخلاف مالو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لايجوز اتفاقا وفي المنح ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمن ولو قال فاعمل به

لا يصح وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون ماذونا بالعمل الا بعد قبض الكل بخلاف الفساد والواو فانه يكون قبض البعض كذا في بعض المعتبرات لكن في القول بان الفاء كالواو في هذا الحكم نظر لان ثم يفيد الترتيب والتراخي والفاء يفيد التعقيب والترتيب فينبغي ان لا يثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت بعده بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وفي المجتبى اوقال اشترلي عبدا نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز ولوقال رب المال للغاصب اوالمستودع اوالبضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز (وشرط تسليم المال الى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لان تخلية المال له مل واجب للتمكن من التصرف فيه حتى لوشرط عمل رب المال معه لفسدت المضاربة لان ذلك يخل بالتسليم بخلاف الشركة (فاذا كان) رب المال (اوغير عاقد كالصغير اذا عقد هما) اى المضاربة (له) اى للصارب (وليه) اى ولى الصغير وشرط عمل الصغير معه فانه لا يجوز لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب (واحد الشريكين اذا عقدها) اى المضاربة (الآخر) اى اذا دفع احد المتفاوضين واحد شريكي العنان المال مضاربة وشرط عمل شريكه معه فانه لا يجوز لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لودفع الاب اوالوصي مال الصغير وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما بخلاف المأذون لودفع ماله مضاربة وشرط عمله معه فانه لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك وفيه اشعار بان الوصي اذا دفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما في الذخيرة لكن ينبغي ان يزاد في هذه المسئلة ان الوصي لا يجعل لنفسه اكثر مما يجعل لامثاله كما قاله الطرسوسي (و) شرط (كون الربح بينهما شائعا) اى لا تصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون اثلاثا او نصفا ونحوهما لان الشركة لا تتحقق الا به فلوشرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح لرب المال وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال معلوما عند العقد وكون رأس المال معلوما تسمية او اشارة (فتفسد) المضاربة (ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا ربح الا ما شرط فاذا لم تصح فبقيت منفعة مستوفاة بحكم العقد فيجب اجر المثل وفي الدرر ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب (وكل شرط يوجب جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة اوداره ليسكنها سنة (يفسدها) اى المضاربة لانه يجعل

بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط ما اصاب منفعة الدار (وما) اى كل شرط (لا) يوجب جهالة الربح (فلا) يفسد المضاربة (و) لكن (يبطل الشرط) لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (كشرط الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (وللمضارب فى مطلقها) اى مطلق المضاربة وهو ما لم يقيد بمكان او زمان او نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (ان يبيع ويشترى ويوكل بهما) اى البيع والشراء (ويسافر) بمال المضاربة برا وبحرا ولو دفع المال فى بلدة على الظاهر وعن ابى يوسف لا يسافر وبه قال الشافعى وعن الامام ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به وفى القهستانى ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه فى قوتهم (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه ويكون الربح لرب المال (ويودع ويرهن ويرتهن ويواجر ويستأجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره) لان كل ذلك من صنيع التجار (ولو ابضع) المضارب (رب المال صح ولا تفسد به) اى بالابضاع (المضاربة) وقال زفر تفسد لان رب المال حينئذ متصرف فى مال نفسه وهو لا يصلح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له ولنا ان التصرف فى مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف فيه (وليس له) اى للمضارب (ان يضارب) مال المضاربة لآخر (الا باذن رب المال) صريحا (او بقوله له) اى للمضارب (اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول الاصيل اعمل برأيك بخلاف الابضاع والايداع لانهما دون المضاربة مثلها فيتضمنهما (ولا) اى ليس للمضارب (ان يقرض او يستدين) بان يشترى باكثر من مال المضاربة (او يهب او يتصدق) وان قيل له اعمل برأيك لان المراد بهذا القول التعميم فى كل ما هو من صنيع التجار وهذا ليس من صنيعهم اذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بهما (الا بتنصيص) من رب المال على الاقراض والاستدانة والهبة والتصدق فحينئذ ملكها وفرع على الاستدانة بقوله (فان شرى بمالها) اى المضاربة (بزا) بفتح الباء الموحدة والزاى عند اهل الكوفة ثياب الكتان

لا ثوب الصوف والخز كما في المغرب (وقصره) اى غسله باجرة من ماله من حصر يقصر بالضم قصرا اوقصارة اومن قصر الثوب بالتشديد اى جمعه وغسله كما في القهستاني (اوحمله) من موضع الى آخر (بماله) اى بمال المضارب لانه اذا (فهو) اى المضارب (متبرع) فلا يرجع بماله على رب المال (وان) وصلية (قيل له اعمل برأيك) لانه استدانة على المال بلا اذن صريح ولو قصره بالنشا فحكمه حكم الصبغ (وله) اى للمضارب (الخلط بماله) اى المضارب (والصبغ) بماله (ان قيل له ذلك) اى اعمل برأيك والمراد من الصبغ ان يصبغه احمر لعدم الخلاف في كونه زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عند الامام لكن اطلاق المص يشعر انه اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تبع (فلا يضمن المضارب به) اى بالخلط ولا بالصبغ فانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتضمنه فلا يكون به متعديا (ويصير) المضارب (شريكا) لرب المال (بما زاد الصبغ فيه (وحصته) اى حصة قيمة الصبغ (له) اى للمضارب (اذا بيع) المصبوغ (وحصة الثوب) الابيض (في) مال (المضاربة) حتى اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومأتين كان الالف للمضاربة وماتادرهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه في العناية فليطالع (وان قيدت المضاربة ببلد) معين بان قال رب المال للمضارب دفعته مضاربة في الكوفة مثلا (اوسلعة) اى متاع معين بان قال دفعته مضاربة في الكرباس مثلا (او وقت) معين بان قال دفعته مضاربة بالصيف مثلا (اومعامل معين) بان قال دفعته مضاربة لفلان (فليس له) اى للمضارب (ان يتجاوز) عما عينه المالك لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة وقال مالك والشافعي اذا شرط المالك ان لا يشتري الامن رجل بعينه اوسلعة بعينها اومالايعم وجوده لا تصح المضاربة (كما) لا يتعدى الشريك (في الشركة) عما عينه الشريك الآخر شيئا منهما (فان تجاوز) المضارب بان يخرج الى غير ذلك البلد فتصرف فيه اواشترى سلعة غير ما عينه اوفي وقت غير ما عينه او باع مع غير من عينه (ضمن) لانه صار غاصبا بالمخالفة وكان المشترى له (والربح له) اى للمضارب وعليه خسرانه ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد لوجود المخالفة وقيل لا يضمن مالم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فان عاد زال الضمان فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول (فان قال له) اى قال المالك للمضارب (عامل اهل الكوفة اوعامل الصيارفة فعامل في الكوفة

غيراهلها) اى الكوفة (اوصارف) اى عامل معاملة الصرف (مع غير الصيارفة لايكون مخالفا) فيجوز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بانوع هذا هو المراد عرفا لافيما وراء ذلك كما فى الهداية (وكذا) لايكون مخالفا (اوقال اشتر فى سوقها) اى الكوفة (فاشترى فى غيره) اى غير سوق الكوفة لان اماكن المصر كلها سواء فى السعر والنقد والامن فيجوز (بخلاف قوله لاتشتر فى غير السوق) فانه حينئذ لايجوز اواشتراه فى غيره فيضمن لانه صرح بالحجر والولاية الى المالك وفى العناية كلام فليطالع (وان قال) المالك للمضارب (خذ هذا المال تعمل به) اى بالمال (فى الكوفة) مرفوعا اومجزوما (او) خذ هذا المال (فاعمل به) اى بالمال (فيها) اى الكوفة (اوخذه) اى المال المضارب (بالنصف فيها) اى الكوفة (فهو تقييد) فليس له ان يعمل فى غير الكوفة لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا اوقال خذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه وكذا اوقال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان فى للظرف وانماتكون البلدة ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل وكذا اذاقال خذه مضاربة على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به كما فى التبيين (بخلاف خذه) اى المال مضاربة (واعمل به فيها) اى فى الكوفة فانه ليس بتقييد حتى لايضمن فى العمل فى غيرها لان الواو للعطف والشئ لايعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كانت بعدها جملة فتكون مشورة لاشرطا للاول والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة مالايمكن التلفظ به ابتداء اويمكن جعله مبنيا على ماقبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الثلاثة السابقة التى تذكر فى المتن وان استقام للابتداء به لايبنى على ماقبله ويجعل مبتدأ كما فى اللفظ الاخير (وللمضارب ان يبيع بنسيئة) متعارفة عند التجار كسنة اودونها (مالم يكن اجلا لايبيع اليه التجار) كعشرين سنة مثلا وعند الائمة الثلاثة لايبيع بنسيئة الاباذنه لان البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة فلايجوز الاباذن ولنا ان البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهواقرب الى تحصيل الربح الذى هو مقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منه بالنقد ولهذا كان له ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريهما اعتبارا لعادة التجار كما فى الهداية (وان باع) المضارب (بنقد ثم اخر) اى الثمن (صح اجماعا) اماعندهما

فان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لا يصح لانه ان يقابل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسأ بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة كما في الهداية (وله) اي للمضارب (ان يأذن لعبد المضاربة) اي العبد الذي اشتراه من مال المضاربة (في التجارة) في الرواية المشهورة لانه من صنع التجار وعن محمد لا يملك ذلك لانه بمنزلة الدفع مضاربة (وليس له) اي للمضارب (ان يزوج عبدا او امة من مالها) اي مال المضاربة لان التزويج ليس من التجارة مع ان عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة فلا يملك التزويج وان كان اكتسابا بجهة اخرى وعن ابي يوسف ان المضارب يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة وفيه اشارة الى انه لا يحل وطئ جارية المضاربة ربح اولا واذن به اولا كما في القهستاني (ولا) يجوز للمضارب (ان يشتري به) اي بمال المضاربة (من يعتق على رب المال) سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكه فهو حر لان حصول الربح غير متصور بالعتق فعقد المضاربة ينافيه (فان شرى) المضارب به من يعتق عليه (كان) الشراء (له) اي لنفس المضارب ويضمن دفع الضرر (لا لها) اي لا يكون للمضاربة لان الشراء انافذ على المشتري لكونه اصيلا في حق البايع (ولا) يجوز للمضارب (ان يشتري من يعتق عليه) اي على المضارب (ان كان في المال ربح) لانه يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على الاختلاف الذي مضى بيانه في العتق والمراد من الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان في جملة رأس المال ربح اولا حتى لو كان المال الفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه واما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر في الجملة ربح حتى لو اعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان او معسرا كما في المنح (فان فعل) اي اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر من رأس المال (ضمن) اي المضارب لانه مشتري لنفسه (وان لم يكن) في المال (ربح صح) شراؤه لانه لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيصح (فان حدث ربح بعد الشراء) بان كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال او اقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من رأس المال (عتق نصيبه) اي نصيب المضارب لكونه مالكا قريبه (ولا يضمن) لرب المال شيئا من قيمته لعدم صنعه في زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره (بل يسعى المعتق) بفتح التاء

(فى) قيمة (نصيب رب المال) منه لاحتباس رأس المال ونصيبه من الربح عنده (ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها) اى الامة (الف) فوطئها (فولدت ولدا يساوى الفا فادعاه) اى ادعى المضارب الولد حال كونه (موسرا) اى فى حال يساره (فصارت قيمته) اى قيمة الولد (الفا ونصفه) اى خمسمائة (استسعاه) اى الغلام ان شاء (رب المال فى الف وربعه) اى ربع الالف وهو مائتان وخمسون (اواعتقه) اى اعتق رب المال الغلام ان شاء (فاذاقبض) رب المال (الالف) من الغلام (ضمن المدعى) اى المضارب (نصف قيمة الامة) وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البايع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لاتفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لايزيد على رأس المال لايظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فلم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته فاذا زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لاينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره يرد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا كما فى الدرر هذا

(باب)

يقرأ بالتنوين وعدمه (المضارب يضارب) مع آخر مضاربة المضارب مركبة فلهذا اخرها عن المفرد (فان ضارب المضارب) اى دفع المضارب مال المضاربة الى آخر مضاربة (بلا اذن) من رب المال (فلا ضمان) على المضارب اذا هلك المال بمجرد الدفع (مالم يعمل) المضارب (الثانى) فى المال واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولا (فى ظاهر الرواية) عن الامام (وهو قولهما وفى رواية الحسن عن الامام لايضمن بالعمل ايضا مالم يربح) اى الثانى وقال زفر يضمن بالدفع تصرف اولم يتصرف وهو رواية عن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلاثة لانه دفع ماله الى غيره بلا امر فيضمن ولنا انه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب

حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به هذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة (وان كانت الثانية فاسدة فلاضمان) على الاول (وان) وصلية (ربح) الثانى لانه اجير والاجير لايستحق شيئا من الربح فلا تثبت المضاربة وله اجر مثله على المضارب الاول فيكون الربح بين الاول ورب المال على ماشرط له (وحيث ضمن) اي حيث لزم الضمان بعمل الثانى فى ظاهر الرواية وبالربح فى رواية الحسن عنه (فلرب المال يضمن ايهما شاء) باجماع اصحابنا (فى المشهور) من الرواية اى خير رب المال ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لتعديه عليه وان شاء ضمن الثانى لاخذه بغير اذن المالك وان اختار رب المال ان أخذ الربح ولايضمن ليس له ذلك كما فى المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثانى لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لاعلى الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وكان الربح على ماشرطا وان ضمن الثانى رجع بما ضمن على الاول بالعقد لانه عامل له كالمودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ماشرطا ويطيب للثانى ماربح لانه يستحقه بالعمل ولاخبث فى العمل ولايطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولايعرى من نوع خبث كما فى الهداية (وقيل على الخلاف فى ايداع المودع) اى يضمن الاول فقط ولايضمن الثانى عند الامام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع فان عنده لايضمن وعندهما يتخير والفرق بينهما للامام ان مودع المودع كان يقبضه لنفع الاول ولايكون ضامنا اما المضارب الثانى فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا (وان اذن) رب المال (له) اى المضارب بالدفع الى آخر (بالمضاربة فضارب) المضارب (بالثلث و) الحال انه قد (قيل له) اى وكان رب المال قال للمضارب الاول (مارزق الله بيننا نصفان او) مارزق الله (فلى نصفه اوما فضل) من رأس المال (فنصفان) فعمل الثانى وربح (فنصف الربح لرب المال وثلثه للثانى) اى للمضارب الثانى (وسدسه للاول) اى للمضارب الاول لان الدفع الى الثانى مضاربة لانه باذن المالك وقدشرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقدجعل المضارب الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لايقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى للاول السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (وان دفع) المضارب الاول للثانى (بالنصف) والمسئلة بحالها (فنصفه) اى الربح (لرب المال ونصفه للثانى) اى للمضارب الثانى (ولاشئ للاول) لان المالك شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الاول

النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء لانه لم يبق له (وان شرط) الاول (للثاني الثلثين) اى ثلثي الربح والمسئلة بحالها (فكما شرط) يعني لرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلثان (ويضمن) المضارب (الاول للثاني سدسا) اى سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف لنفسه فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في حق المالك اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين لالتزامه بالعقد (وان كان قيل له) اى المضارب الاول يعني قال له رب المال (مارزقك الله اومار بحت بيننا نصفان فدفع) المضارب لآخر مضاربة (بالثلث) فعمل الثاني وربح (فلكل منهم) اى لكل واحد من المالك والمضارب الاول والثاني (ثلثه) لان ثلث الربح مشروط للثاني ومابقي من الربح ثلثان وهو مرزوق للاول فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ماشرط ولا يبقى للاول الا الثلث ويطيب لهم ايضا (وان دفع) المضارب لآخر مضاربة (بالنصف) في هذه الصورة (فللثاني نصف) الربح (ولكل من) المضارب (الاول ورب المال ربع) الربح لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ماربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (واو شرط) المضارب (لعبد رب المال ثلثا) من الربح (ليعمل) العبد (معه) اى مع المضارب (و) شرط (لرب المال ثلثا) من الربح (ولنفسه ثلثا صح) ذلك لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم من المالك سواء عليه دين اولا لان للعبد يدا معتبرة فيكون منفردا خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له فيكون حصته للمولى ان لم يكن على العبد دين والا فهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى قوله معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون للمولى وان لم يشترط عمله قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب اوشرط له شيء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ماشرط لرب المال اذا كان على العبد دين والا يصح سواء شرط عمله اولا ويكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لانه لوعقدها المأذون مع اجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح ان لم يكن عليه دين وهو الاصح عند الامام خلافا لهما وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه اوعمل رب المال مع الثاني ولو شرط بعض الربح للمساكين او للحج اوفي الرقاب لم يصح ويكون لرب المال ولو شرط لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه اولرب المال صح وان شاءه لاجنبي لم يصح

كما في البحر (وتبطل) المضاربة (بموت احدهما) اى بموت المالك او المضارب لكونها وكالة وهى تبطل به ولا يورث (و) تبطل ايضا (بلحاق رب المال) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) العياذ بالله تعالى اذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فلم يتصرف المضارب بعد ذلك فى المال الا اذا كان متاعا او عروضا فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال قيد بلحوقه لانه لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها كما فى البحر بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب لكن ينبغى ان يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه اما اذا حكم فلا تعود المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر كلام الاتقانى لكن فى المنابه تعود سواء حكم بلحاقه اولا (لا) تبطل المضاربة (بلحاق المضارب) اجماعا لان تصرفات المرتد انما تتوقف عند الامام للتوقف فى املاكه ولا ملك للمضارب فى مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها فان مات او قتل او لحق وحكم بلحوقه بطلت المضاربة كما فى السراج (ولا ينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (ما لم يعلم) المضارب (به) اى بالعزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (فان علم) المضارب بعزله (والمال عروض فله) اى للمضارب (بيعها) اى العروض مطلقا لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولا يتصرف فى ثمنها) اى فى ثمن العروض التى باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه بعد النقد ولا يملك المالك فسخها فى الحالة لان للمضارب حقا فى الربح كما فى البحر (وان كان) مال المضاربة (نقدا من جنس رأس المال) اى مال عقد المضاربة حين علم بعزله (لا يتصرف) المضارب (فيه) اى النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول (وان) كان المال (من غير جنسه) اى غير جنس رأس المال (فله) اى للمضارب (تبديله بجنسه) اى اذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير له بيعها بالدراهم (استحسانا) لان الواجب للمضارب ان يرد مثل رأس المال وهو يتحقق برد جنسه فكان له تبديله بجنسه ضرورة وفى القياس لا يبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية (ولو افترقا) اى المضارب ورب المال بالفسخ (و) كان (فى المال دين على الناس لزمه) اى المضارب (الاقتضاء) اى مطالبة الدين شرعا (ان كان فيه (ربح) لانه يأخذ الاجر فعليه عمل الطلب (والا) اى وان لم يكن فيه ربح (فلا) يلزم الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على

المتبرع (ويوكل) المضارب (المالك به) اى بالاقتضاء لان المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق لعاقد فلابد من توكيله المالك فى الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق رب المال حيث لايدفع المديون الدين اليه وانما يدفعه الى من عقد معه اوالى وكيله (وكذا) اى مثل هذا حكم (سائر الوكلاء) فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك (والبياع) من باع الناس باجر (والسمسار) بالكسر المتوسط بين البائع والمشترى يبيع و يشترى للناس باجر من غيران يستأجر (يجبران عليه) اى على الاقتضاء اوجود سبب الاجبار وهو العمل باجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليهما بدل عملهما فصارا كالمضارب اذاكان فى المال ربح (وماهلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا) دون رأس المال لانه تابع ورأس المال اصل فينصرف الهالك الى التابع كما فى مال الزكوة الى العفو ابتداء (فان زاد) الهالك (على الربح لايضمن المضارب لكونه امينا سواء كان من عمله اولا ويقبل قوله فى هلاكه وان لم يعلم ذلك كما قيل فى الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة اوفاسدة فهى امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال مضمون كما فى المنح وهوقول الطحاوى لكن ظاهر الرواية عدم الضمان فى الكل كما قررناه فى قوله ولايضمن المال فيها (فان اقتسماه) اى المضارب والمالك (الربح وفسخت) المضاربة (ثم عقدت المضاربة جديدا (فهلك المال او بعضه) فى يد المضارب (لايترادان) اى المضارب والمالك (الربح) المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانى لايوجب انتقاض الاول كما لودفع اليه مالا آخر (وان اقتسماه من غير فسخ) ثم هلك المال كله او بعضه (تراداه) اى المضارب والمالك الربح المقسوم (حتى يتم رأس المال) لان الربح تابع فلايسلم بدون سلامة الاصل (فان فضل شئ) من الربح بعد ما استوفى رأس المال (اقتسماه) اى مافضل لانه ربح (وان لم يف) اى الربح ماهلك من رأس المال (فلاضمان على المضارب) لانه امين فيه

(فصل)

فى المتفرقات (ولاينفق المضارب من مالها) اى مال المضاربة (فى مصره) الذى ولد فيه (اوفى مصر اتخذه دارا) اى وطنا اذ لايحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الاصلى عمل اولم يعمل قيد باتخذه وطنا لانه لونوى الاقامة فى مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة (ولا)

ينفق (في) المضاربة (الفاسدة) لانه اجير ولا نفقة له (فان سافر) المضارب للتجارة في المضاربة (فطعامه وشرابه من مالها) اى مال المضاربة لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه خلافا للشافعي (بالمعروف) اى بحيث لا يعد مثل هذا الانفاق في عرفهم اسرافا (وكذا كسوته) بالمعروف (وركوبه شراء واستيجارا) وعلف الدابة التي ركبها في سفره وحوائجه والركوب بالفتح المركوب (وكذا اجرة خادمه) اى خبازه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل ما لابد له منه اعتبارا العادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) مستدرك بقوله وخادمه الا ان يراد به ثمن ما يغسل به مثل الحرض والصابون كما في الكفاية (وكذا الدهن) بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان (في موضع يحتاج اليه فيه) الدهن كالحجاز وكذا اجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب وانما قلنا اعتبارا لعادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ليس مما لابد له منه وكان ينبغي ان لا يكون من مال المضاربة كاجرة الحجام ولكن في عادة التجار لابد منه لازدياد رغبات الناس في معاملتهم ولا يعدونهم في عداد المفاليس (وضمن) المضارب (ما كان زائدا على العادة) لانتفاء الاذن (ونفقته) اى المضارب (في مصره من ماله) لعدم انها جزاء الاحتباس هذا تصريح بما علم ضمنا قوله ولا ينفق المضارب من مالها في مصره ولو اقتصر لكان اخصر (كدوائه) فانه من ماله في ظاهر الرواية لان الحاجة الى النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه قد يعرض وقد لا يعرض فلا يعد من جملة النفقة سواء كان في السفر والحضر فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من مالها وعن الامام ان الدواء من مال المضاربة لانه لا يتمكن من التجارة الا به فيصير كالنفقة (ويرد ما بقي من كسوة وغيرها) كالطعام ونحوه (اذا قدم) من السفر الى مسكنه (الى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (وما دون السفر كسوق المصر) في كون نفقته في ماله لا في مال المضاربة (ان امكنه ان يغدو ويبيت في اهله) لان اهل السوق يتجرون في اسواق المصر ويبيتون في منازلهم مع ان ذهابهم وايابهم لمصالح نفسهم لا لغير (والا) اى وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله (فكالسفر) في كون نفقته في مال المضاربة لا في مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة (نفينا وليس للمستبضع الانفاق من مالها) اى من مال البضاعة لانه كالوكيل فيكون متبرعا فلا تجب له النفقة (ويؤخذ ما انفقه المضارب من الربح اولا) يعني ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ المالك من الربح مقدار ما انفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (وما فضل) من الربح

(قسم) بينهما على ماشرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى رأس المال وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تجب النفقة من رأس المال كما فى الفرائد ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (وان سافر) المضارب (بماله ومال المضاربة) اوخلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال (او) سافر (بمالين لرجلين انفق بالحصة) اى توزع النفقة على قدر الحصص من المال (وان باع) المضارب (متاع المضاربة مرابحة يحسب ماانفقه) اى المضارب (عليه) اى على المتاع (من) اجرة (حمل ونحوه) مما جرت العادة بين التجار بضمه كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال قام على بكذا لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها رأس المال فى بيع المرابحة فلهذا قال فى التنوير وكذا يضم الى رأس المال مايوجب زيادة فيه حقيقة اوحكما اواعتاده التجار وهذا هو الاصل كما فى النهاية (لا) يحسب (نفقة نفسه) اى المضارب فى سفره اذا باع مرابحة لانها لاتزيد فى القيمة (ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه) اى البز (بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا) اى الالفان (فى يده) اى المضارب (قبل نقدهما) اى الالفين (يغرم) المضارب (ربعهما) اى ربع الالفين وهو خمسمائة (و) يغرم (المالك الباقى) وهو الف وخمسمائة لان المال لما صار الفين ظهر الربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وثلثة ارباعه على المالك (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (للمضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم مابنافيها (ورأس المال) وهو جميع مادفع رب المال الى المضارب (الفان وخمسمائة) لانه دفع اليه مرة الفا واخرى الفا وخمسمائة (ولا يبيعه) اى المضارب العبد (مرابحة الا على الفين) ولايقول قام على بالفين وخمسمائة اذ الشراء وقع بالفين فلا تضم الوضيعة التى وقعت بسبب الهلاك فى يد المضارب (فلو بيع) العبد المذكور بعد ذلك (باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلثة آلاف) بعد رفع المضارب حصته وهى الالف لانه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالالف بعه لكون ثمنه اربعة آلاف ثم يرفع منهما رأس المال وهو الفان وخمسمائة (والربح منها خمسمائة بينهما) اى بين المضارب والمالك فتكون حصة كل منهما خمسين

ومانحن (ولو اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف
لا يبيعه) المضارب العبد (مرابحة الا على خمسمائة) ولانه ولو قام على بألف
لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله
فيكون كالمعدوم وكذا لو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا
بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع
الجاري بينهما كالمعدوم (ولو اشترى مضارب بالنصف بألف المضاربة عبدا
يعدل) اى تساوى قيمته (الفين فقتل) ذلك العبد (رجلا) قتلا (خطأ)
فامر بالدفع او الفداء فاذا دفع العبد الى ولي المقتول انتهت المضاربة بهلاك
مالهما بالدفع بلا بدل وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اما خروج حصة
المضارب فلتقرر ملكه في العبد بالفداء فصار كالقسمة واما خروج حصة
المالك فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء (فربع الفداء عليه) اى المضارب
(وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره
وقد كان الملك بينهما ارباعا فكذا الفداء (واذا فدى) على بناء المجهول يعني
اذا فديا صار العبد لهما ولكن (خرج عن المضاربة) فبقي ارباعا (فيخدم المضارب
يوما والمالك ثلاثة ايام) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كانهما اشترياه
ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله الفداء ثم اعلم
ان العبد المشترى في المضاربة اذا جنى خطاء لا يدفع بها حتى يحضر المضارب
والمالك سواء كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر وكذا لو كانت قيمته الفا
لا غير لا يدفع الا بحضرتهما والحاصل انه تشترط حضرة المالك والمضارب
للدفع دون الفداء الا اذا ابى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب
المال دفعه لنفسه فان كان احدهما غائبا وقيمته الف درهم ففداه الحاضر
كان متطوعا كما في البحر وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع والفداء
وحده لانه ليس من احكام المضاربة فصار كان اجنبيا (ولو اشترى بألف المضاربة
عبدا وهلك الالف قبل نقده) اى قبل دفعه الى البائع (دفع المالك الثمن)
يعني الفا آخر (ثم) اذا دفع المالك الفا آخر ليدفعه وهلكت قبل النقد
(يدفع اليه نقدا آخر) وثم كذلك الى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن الى البائع
لان هلاك الامانة كهلاكها في يد المالك (وجميع ما دفع) المالك من الالفين
والثلاثة والاكثر (رأس المال) لان المال في يد المضارب امانة دون استيفاء
لان حكم الامانة ينافيه وليس فيه تضييع حق رب المال لانه يلحق برأس المال
بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة
فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه فلا يرجع على الموكل مرة

اخرى (ولوكان مع المضارب الفان فقال) المضارب لرب المال (دفعت الى الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الالفين فالقول للمضارب) وقال زفر القول لرب المال وهو قول الامام اولا لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لانهما اختلفا فى المقبوض والقول فى مقداره للقابض واوضينا اعتبارا بما وانكر اصلا فان القول له (ولو اختلفا مع ذلك) اى مع الاختلاف فى رأس المال (فى قدر الربح فللمالك) اى فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط لان الربح يستحق بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال والبينة بينة المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح (ولو قال من معه الف قد ربح فيها) الجملة حال او صفة الف (هى مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة) ابضعته لك (فالقول لزيد) لان من معه الف يدعى عليه تقوم عمله او شرطا من جهته او الشركة فى ماله وهو ينكر فالقول قول المنكر (وكذا لو قال ذو اليد هى قرض وقال زيد) بل (بضاعة او وديعة او مضاربة) يكون القول لزيد وهو رب المال والبينة للذى فى يده المال لانه يدعى عليه تملك الربح وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب لان رب المال يدعى عليه الضمان وهو ينكر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة رب المال اولى لانها مثبتة للضمان (ولو قال المضارب) لرب المال (اطلقت وقال المالك عينت) نوعا من التجارة (فالقول للمضارب) مع يمينه لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط وتقبل بينة من اقامها فان اقاماها فان وقتا وقتا قبل صاحبها يقضى بالمتأخرة وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احديهما دون الاخرى قضى ببينة رب المال كما فى البحر (ولو ادعى كل) اى كل واحد من المال والمضارب (نوعا) مغاير المايدعيه الاخر (فللمالك) اى القول للمالك مع يمينه لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول كما فى الهداية فان قلت ان البينة للاثبات لا للنفى واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم وفى المنح وان لم يوقت او وقتا على السواء او وقت احديهما دون الاخرى فالبينة للمالك وان كان المالك يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا كما فى الذخيرة

الاخفاء في اشتراكهما مع ما قبلها في الحكم وهو الامانة وهي في اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات اي عن تركهما يقال له مودع بفتح الدال وتاركها مودع بكسرها وفي الشريعة (الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله) صريحا او دلالة لما قال في المحيط لو انفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم يأخذه ولم يدن منه لا يضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن في الوجهين (والوديعة ما يترك عند الامين للحفظ) مالا كان او غيره وركنها الايجاب صريحا كقوله اودعتك هذا المال او كناية كما لو قال الرجل اعطني الف درهم اوقال رجل اعطيته فقال اعطيتك فهذا على الوديعة كما في المنح او فعلا كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيأ فهو ايداع اما لو قال لم اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لا يعارض بالصريح والقبول من المودع صريحا قوله قبلتها ونحوه او دلالة كما لو سكت عند وضعه بين يديه لما قال في الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان قام واحد بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين الضمان ولهذا لو وضع ثيابه عند الثيابي كان ايداعا وان لم يتكلم ولا يكون الحمامي مودعا ما دام الثيابي حاضرا فان كان غائبا فالحمامي مودع ولو قال لصاحب الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا وفي البزازية لبس ثوبا عند الثيابي فظن الثيابي انه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولو نام الحمامي وسرق الثوب ان نام قاعدا لا يضمن وان مضطجعا يضمن وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لو اودع الطير الآبق في الهواء والمال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو اودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتي ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة في يده ووجوب ادائه عند طلب مالكه وشرعية الايداع بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعدها وبالسنة لانه عليه السلام كان يودع ويستودع وبالاجماع على ان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقوله عليه السلام والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه (وهي) اي الوديعة (امانة) الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص

صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان ولا يقال الحيوان انسان فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة ماقع فى يده من غير قصد بان هبت الريح بثوب انسان والقته فى حجر غيره وفى الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفى الامانة لايبرأ بعد الخلاف كما فى النهاية والكفاية وقال يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر فى احديهما القصد وفى الاخرى عدمه كان بينهما تباين لاعموم وخصوص والاولى ان يقال والامانة قد تكون بغير قصد كما لايخفى انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد بقوله والامانة ما قع فى يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هى اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد وبغيره تدبر وما فى العناية من انه قد ذكرنا ان الوديعة فى الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد فيه كلام وهو ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منها لان التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة عين من الاعيان فيكونان متباينين والاولى ان يقول والوديعة ماترك عند الامين كما فى هذا المختصر (فلا يضمن) اى لايضمن المودع الوديعة بغير تعد (بالهلاك) سواء امكن التحرز عنه اولاهلك معها للمودع شئ اولا لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها ولو ضمنها المودع امتنع الناس عن قبولها وفى ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين باطل وبه يفتى كما فى اكثر المعتبرات واستثنى صاحب الدرر فقال الا ان يموت المودع مجهلا اى لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن وكذا الامناء اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن الامتوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الوديعة ومات مجهلا اى بلا بيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا بلا بيان المودع انتهى لكن الاولى الموافق لما فى الخلاصة واودع بعض الغنيمة بعض الناس لكن الانحصار على الثلثة لايليق لان الوصى اذا مات مجهلا فلا ضمان عليه وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه وكذا اذا مات الوارث مجهلا ما اودعه عند مورثه وكذا اذا مات مجهلا لما القته الريح فى بيته وكذا اذا مات مجهلا لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه وكذا اذا مات الصبى مجهلا لما اودع عنده محجورا وكذا لو مات احد المتفاوضين ولم يبين حال المال الذى فى يده لم يضمن نصيب شريكه (وللمودع ان يحفظها) اى الوديعة (بنفسه) فى داره ومنزله وحانوته ولو باجارة او عارية (وعياله) من زوجته وولده ووالديه واجيره للمساكنة سواء كانوا فى نفقته اولا وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة زوجها فضاعت لاتضمن الزوجة لانه ساكن معها بلا نفقة منها والمراد من الاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مسانهة اومشاهرة بشرط ان يكون

ضامنا وكونه عليه وعنده ان كان في عياله دون الاجير مياومة وعند الشافعي ولمذهب المالكي يضمن بالدفع وشرط كون من في عياله اذا لو دفع الى زوجته وهي غير امينة وهو عالم بذلك او تركها في بيته الذي فيه ودايع الناس وذهب فضاعت ضمن كما في الخلاصة (وله) اى للمودع (السفر بها) اى بالوديعة (عند عدم النهي) من المالك (والخوف) على الوديعة بالاخراج بان كان الطريق امنا لانه لا يجد بدا من السفر غالبا او فى حفظه بمكانه دفعه نفسه او بعد هذا عند الامام سواء كان له حمل ومؤنة او لا لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان واما اذا قال احفظها في هذا المصر ولا تخرجها منه فان كان سفرا له بد منه ضمن وان كان سفرا لا بد منه ان كان في المصر من في عياله فكذلك لانه امكنه تركها في اهله والا لم يضمن ولا يضمن بالمسافرة بها في البحر اجماعا (خلافا لهما فيما له حمل ومؤنة) لان الظاهر من حال صاحبها انه لا يرضى به فيتقيد لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان السفر بعيدا فليس له ذلك فيما له حمل ومؤنة وعند محمد ليس له السفر بها بعيدا كان او قريبا فيما له حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين (وان حفظها) اى المودع الوديعة (بغيرهم) اى بغير من في عياله فضاعت (ضمن) المودع او ذلك الغير كما في القهستاني لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولكن روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن وفي النهاية وعليه الفتوى ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال (الا اذا خاف) المودع (الحرق) بان وقعت نار والعياذ بالله تعالى في داره فخاف هلاك الوديعة (او) خاف (الغرق) كذلك (فدفعها) اى الوديعة (الى جاره) في صورة الحرق (او) دفعها (الى سفينة اخرى) في صورة الغرق فضاعت لا يضمن لانه لا يمكنه ان يحفظها في هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار ماذونا فيه دلالة ولهذا قال في الخلاصة امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جارة لها فهلكت عندها ان لم يكن وقت وفاتها حضرتها احد في عيالها لا يضمن وفي التبيين هذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عيالها وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله وفي المنح ان ادعى المودع التسليم الى جارة او الى فلك آخر صدق ان علم وقوع الحرق او الغرق ببينة وان لم يعلم لا يصدق

(فان طلبها) اى الوديعة (ربها فحبسها) اى حبس المودع الوديعة (و) الحال (هو قادر على تسليمها) اى الوديعة (صار غاصبا) فيضمن ان ضاعت لوجود التعدى عنه وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه وفيه اشارة الى انه لو استردها فقال لم اقدر ان احضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لانه بالترك صار مودعا ابتداء والى انه لو استردها فقال اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان هلكت قبل قوله اطلبها كما فى القهستانى اوالى انه لو طلب وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لا يضمن كما فى شرح المجمع (وكذا) يضمن ان هلكت (لو طلبها) صاحبها (وجحده) اى جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابله وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره (اياها) اى الوديعة بان قال لم تودعنى (وان) وصلية (اقر بعده) اى بعد الجحود لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده (بخلاف جحدها) اى الوديعة (عند غيره) اى غير المودع فانه لا يضمن وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته وفيه اشارة الى انه لو قال له ما حال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها لاضمان عليه والى ان المودع لو ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لا يضمن كما فى الخلاصة والى ان يكون الوديعة منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما فى التبيين وفى البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار لانه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لاضمان عليه وقال صاحب المنح ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك و برهن على الرد قبل برهانه و برئ منها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود او نسيت او ظننت انى دفعتها وانا صادق فى قولى لم يستودعنى فان بينته تقبل فى قول الشيخين وفى الاقضية لو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد والهلاك لا يصدق ولو قال ليس له على شئ ثم ادعى الرد او الهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع (وان خلطها) اى المودع الوديعة (بماله) بغير اذن المالك لانه ان خلطها باذنه كان شريكا فيه (بحيث لا يتميز فان) خلطها (بجنسها) كخلط الحنطة بالحنطة فى غير المائع واللبن باللبن فى المائع (ضمن) المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها ملكها (وانقطع حق المالك منها) اى من الوديعة (فى المائع وغيره عند الامام) لكن قالوا لا يباح له التناول قبل اداء الضمان قيد بكون المودع هو الخالط لانه لو كان اجنبيا او من فى عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان او كبيرا

[illegible] او دفعه [illegible] (وعندهما في خلط الجنس بالجنس إن شاء شركه إن شاء) لأن هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه آخر لتعذر وصول المالك إلى عين ماله حكما بالقسمة [illegible] أو يوزن افراز مثله ثم تناوله إن القسمة استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك إلى عين ماله حقيقة فيقطع حق المالك على الخلط والقسمة ليست بوصول إلى عين حقه بل وصوله إلى البعض لانقطاع شركة (وكذا) للمالك أن يشركه (في الهالك) إن شاء (عند محمد) لأن الجنس لا يغلب الجنس (وعند أبي يوسف يصير الأقل تابعا للأكثر قدرا) اعتبارا للغالب أجزاء وفي التسهيل اعتراض [illegible] وعند الأئمة الثلاثة والخلط الجنس لا يضمن (وإن خلطها [illegible]) [illegible] شرح (ضمن المودع وانقطع حق المالك اجماعا) لأن هذا [illegible] حقه [illegible] الضمان بالإجماع وهذا إشارة إلى أنه لو خلط على وجه تمييز لم يضمن (وإن اختلطت) وديعة على المودع (بلا صنعه) أي المودع (اشتركا) أي المودِع والمودَع (اجماعا) لأن الضمان لا يجب عليه إلا بالتعدي ولم يوجد وكانت شركة ملك وإذا تلف شيء هلك على الشريكين (وإن تعدى) المودع (فيها) أي الوديعة (بأن كان ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستخدمه) [illegible] (ضمن) لأنه استهلاك حقيقي (فإن زال التعدي) بأن نزع الثوب أو ترك الركوب أو الاستخدام مثلا (زال الضمان) وعند الأئمة الثلاثة لا يزول لأن حكم الوديعة ارتفع بالتعدي فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد ولم يبرأ عن الضمان ولنا أن الشيء إنما يبطل بما هو ضده ولا ينافي الاستعمال الإيداع ولذا صح الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فإذا زال عاد حكم العقد وفي البحر أنه يزول الضمان بشرط أن لا يعزم على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان وفي المنح أن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك في العود وإن كذبه لا يبرأ لأن [illegible] على [illegible] الوفاق (بخلاف المستعير والمستأجر) [illegible] لا يزول الضمان لأن قبضهما كان لأنفسهما لاستيفائهما المنافع فبإزالة التعدي عن العين لم يوجد الرد إلى صاحبها بخلاف المودع فإن يده كيد المالك حكما لكونه عاملا له في الحفظ [illegible] اعتبارا بالوديعة (وكذا) زال الضمان (لو أودعها) أي الوديعة (ثم استردها) لما مر (ولو أنفق) المودع (بعضها) أي الوديعة (فهلك الباقي ضمن ما أنفق فقط) ولا يضمن كلها لأن الضمان يجب بقدر الجناية [illegible] في [illegible] دون [illegible] في الاعتاق [illegible] (ولو رد مثله

وخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه
الذي تقدم كما في الهداية يعني عند الامام وعندهما ان شاء شركه وان شاء يضمن
وعند الائمة الثلاثة يضمن ما انفق فقط قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض
الوديعة لينفقه في حاجته فرده الى موضعه ثم ضاعت فلا ضمان عليه وتمامه في
المنح فليراجع (واو تصرف فيها) اي الوديعة (فربح يتصدق به) اي بالربح
عند الطرفين (وعند ابي يوسف يطيب له) الربح اذا ادى الضمان اوسلم عينها
بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها ودليل الطرفين بين في البيع
(وان اودع اثنان من واحد شيئا لايدفع) الواحد (الى احدهما)
اي الى احد الاثنين (حصته بغيبة الاخر) فان دفع ضمن نصفه ان هلك
عند الامام سواء كان مثليا اوغير مثلي في المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة
والمودع مأمور بالحفظ لابالقسمة (خلافا لهما) في المثلي لان معنى الافراز
فيه غالب كما ان معنى المبادلة في غير المثلي غالب ولذا لايجوز له الدفع فيه ويجوز
في المثلي وفيه اشارة الى انه لايجوز له الدفع حتى لوخاصمه الى القاضي لم يأمره
بدفع نصيبه اليه في قول الامام والى انه لودفع اليه لايكون قسمة اتفاقا حتى
اذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته والى انه أخذ حصته منها
اذا ظفر بها والى انه لودفع وارتكب الممنوع لايضمن كما في المنح (وان اودع)
واحد (عند اثنين ما يقسم) اي ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير (اقتسماه)
المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (حصته) لانه يمكن الاجتماع على
حفظهما وحفظ كل واحد منهما النصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت
بالنص (فان دفع احدهما كله الى الاخر ضمن الدافع) عند الامام
وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر ما يمكن
قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزي تناول
البعض لاالكل فاذا سلم احدهما الكل الى الآخر ولم يرض المالك به يضمن
(لا) يضمن (القابض) لان مودع المودع لايضمن عنده (وعندهما
لكل) واحد منهما (حفظ الكل) اي كل الوديعة (باذن الاخر) لانه
رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولايضمنه (وان)
كان ما اودع عند الاثنين (مما لا يقسم) اي مما لايمكن قسمته كالعبد او مما تعيب
بالقسمة كالثوب (حفظه) اي ما لا يقسم (احدهما باذن الاخر اجماعا) لان
المالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل (وان نهى)
اي نهى المالك المودع (عن دفعها) اي الوديعة (الى عياله) فدفع المودع
(الى من نهاه و) كان (له منه بد) وعدم احتياج اليه كدفعه الخاتم الى

عبده مع انه اهلا سواء (ضمن) ان هلك (وان) دفعها (الى من لا بد) اي لا فراق له (منه كدفع الدابة الى سيده) كدفع (شيء تحفظه النساء الى زوجته لا يضمن) ان هلك لان الوديعة مما يحفظ بيده اوبايدى عياله في بيته فنهى المالك يعتبر ان كان النهي مفيدا والا يعتبر الحفظ المطلوب كما وقال لا تدفع الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لابد له من الدفع وان كان له عيال غيره قد دفعه الى من نهى عن دفعها اليه ضمن وعند الائمة الثلثة لو كان الاخير دون الاول ضمن والا لا (وان امر) اى امر المالك المودع (بحفظها) اى الوديعة (فى بيت معين من دار) المودع (فحفظها فى غيره) اى حفظ المودع فى بيت آخر (منها) اى من هذه الدار وكانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ (لا يضمن) المودع لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فلا يعتبر الشرط (الا ان كان فيه) اى فى البيت الآخر (خلل ظاهر) بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه مكشوف يخرف منه فان الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون المعين احرز من الاخر (وان امر بحفظها فى دار فحفظ فى غيرها) اى فى غير تلك الدار (ضمن) لتفاوت الدارين فى الاغلب فيفيد امره (ولو اودع المودع) غيره (فهلكت) الوديعة (ضمن) المودع (الاول فقط) عند الامام لان الثانى قبض المال من يد امين اذ بالدفع لا يكون ضمينا مالم يفارقه لحضور رأيه فاذا فارقه فقد ترك الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثانى مداوم على الحفظ ولم يوجد منه صنع فى هلاك المال فلا يلزمه الضمان (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (ضمن اياشاء) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول خان بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى تعمد بقبضه بغير اذنه (فان ضمن) المالك المودع (الثانى رجع) اى الثانى (على الاول) لانه عامل له بامره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (لا) يرجع (بالعكس) اى ضمن المالك المودع الاول لا يرجع الاول على الثانى لانه ملك بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه (ولو اودع الغاصب) المغصوب عند غيره (ضمن) المغصوب منه (اياشاء) من الغاصب ومودعه (اجماعا) لان الثانى صار مثل الاول فى التلق منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم ان المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة (ولو اودع عند عبد محجور) لان العبد المأذون باخذ الوديعة يضمن فى الحال اتفاقا (شيئا فاتلفه) اى اتلف العبد ذلك الشيء (ضمنه بعد عتقه) عند الطرفين (وان)

اودع (عند صبى) يعقل (فاتلفه فلا ضمان اصلا) لا حالا ولا بعد البلوغ عند الطرفين لان المالك استحفظ من ليس باهل التزام الحفظ اما الصبى فلا يصح التزامه اصلا فصار المالك كانه اذن باتلافه واما العبد فالتزامه لم يصح فى حق المولى نظرا فلا يضمن فى الحال وصح فى حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق كامر (وقال ابو يوسف يضمنان) اى العبد والصبى (للحال) فيباع العبد فيه لان محجوريتهما فى الاقوال فقط ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان هذا باتلافهما اما لو تلفت فى ايديهما لا يضمنان اتفاقا ولو اتلفا ما اودع عند الاب والمولى يضمنان اتفاقا وانما قلنا عند صبى يعقل لانه اذا كان لا يعقل لا يضمن اتفاقا كذا ذكره فخر الاسلام وغيره وفى المحيط ظن بعض مشايخنا ان الخلاف فى صبى يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف فى كل واحد وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة كما فى شرح المجمع (وان دفع العبد الوديعة الى مثله) اى الى عبد محجور (فهلكت عند الثانى (ضمن الاول) اى وللمالك ان يضمن العبد الدافع (بعد العتق) فلا يضمن الثانى عند الامام لانه مودع المودع (وعند ابى يوسف ضمن ايهما شاء للحال) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول متلف بالدفع والثانى متعد بقبضه بلا اذن كامر آنفا (وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق) لانه مع الامام فى ايداع العبد المحجور (وان ضمن الثانى فللحال) لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير اذنه فلزمه فى الحال وفى شرح المجمع محل الخلاف اذا دفع العبد الاول الى الثانى فانه لو امر الاول الثانى بقبضه فقبضه وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا وفى رواية عن محمد ان الثانى يضمن بعد العتق (ومن معه الف) درهم (فادعى كل) واحد من اثنين (ايداعها) اى الالف (عنده) اى عند من (فنكل) عن الحلف (لهما) اى لكل واحد منهما على الانفراد بعد ان استحلفاه (فهى) اى الالف (لهما) للاثنين (وضمن لهما) اى للاثنين (مثلها) اى مثل الالف لان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخرى لاقراره لهما وللقاضى ان يبدأ ايهما شاء بالتحليف والاولى القرعة وفى التحليف للثانى يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لانه لما اقر بها للاول ثبت الحق فيها له فلا يفيد اقراره بها للثانى فلو اقتصر على الاول لكان صادقا وفى البحر لو قال اودعنيها احدهما ولا ادرى ايهما فان اصطلحا على اخذها بينهما فلهما ذلك ولا ضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح والا فان ادعاها

كل واحد احدها ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكل ان يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة الكتاب وكذا لو قال علي الف لهذا أو لهذا وفي التنوير دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن كما لو قال له احمل الى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم قال للمودع ادفع الوديعة الى فلان فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه قال لا ادري كيف ذهبت لا يضمن على الاصح كما لو قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت وفي المنح قال لا ادري دفنت في داري او في موضع آخر يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه لا يضمن وفي العدة اذا دفن الوديعة في الارض ان جعل هناك علامة لا يضمن والا ضمن وفي المفازة يضمن مطلقا والله أعلم

(كتاب العارية)

اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا في الامانة هي مأخوذة من العرية وهي العطية المخصوصة بالاعيان ومستعملة في تمليك المنافع ورده المطرزي وغيره بالمشتقات استعاره منه فاعاره واستعار الشئ على حذف من وقيل هي منسوبة الى العار لان طلبها عيب وعار على ما قال الجوهري وابن الاثير ورد الراغب وغيره بأن العار يائي والعارية واوية على ما صرحوا به وفي المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة وفي النهاية ان ما في المغرب هو المعول عليه لانه عليه السلام باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها وقيل هي في الاصل اسم موضع منسوبة كالدردي والكرسي وهي من التعاور وهو التناوب بلا تشديد فكانه يجعل للغير نوبة ولنفسه نوبة وقيل هي اسم العين المعار وشرعه (هي) اى العارية بمعنى الاعارة لا العارية التي هي اسم للعين والالم يصح حمل التمليك عليه (تمليك منفعة) من عين مع بقائها احتراز عن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة (بلا بدل) احتراز عن الاجارة وقال الكرخي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة وهو قول الشافعي لانها تنعقد بلفظ الاباحة وتبطل بالنهي والتمليك لا يبطل به كالهبة والاجارة ولان المستعير لا يملك الاجارة من غيره ومن ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الاباحة اذ فيها لا يشترط ضرب المدة ولنا ان العارية تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هي العطية من الثمار ولذا تنعقد بلفظ التمليك وانما انعقدت بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الاجارة بلفظة الاباحة والنهي ليس ابطالا للملك بعد ثبوته بل منع عن التمليك لانه دليل

الرجوع والاسترداد وانما لايملك المستعير الاجارة لما فيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى النزاع لجواز رجوع المعير فى كل ساعة ولحظة والمنافع قابلة للتمليك كما فى الوصية بخدمة العبد بضرب المدة وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وانما اختلفوا فى كونها مستحبة وهو قول الاكثر او واجبة وهو قول البعض وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من التعاضد المحتاج اليه المدنى بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه فى اجابة المضطر لانها لاتكون الا لمحتاج كالقرض فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (ولاتكون العارية (الافيما ينتفع به مع بقاء عينه) اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة والمجاز اعارة مالايمكن الانتفاع به الاباستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون اعارة صورة وقرضا معنى وعن هذا قال (واعارة المكيل والموزون والمعدود قرض) لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة او القرض لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل (الاان عين انتفاعا يمكن رد العين بعده) اى بعد الانتفاع كالواستعار دراهم ليعاير بها ميزانا او ليزين بها دكانا صارت عارية لاقرضا (وتصح) العارية (باعرتك) اى جعلتها عارية لك لكونه صريحا فيها لكن فى المضمرات ان اركانها الايجاب والقبول وشرطها القبض (ومنحتك) هذا الثوب بمعنى اعطيتك لان هذا اذا اضيف الى ماينتفع به مع بقاء عينه فهو عارية اذ اصله اعطاء الشئ لآخر لينتفع به اياما ثم يرده فروعى اصله واذا اضيف الى مالاينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب (واطعمتك ارضى) هذه لان الطعام اذا قارن الى مايطعم عينه كالبر يراد به تمليك عينه واذا قارن الى مالايطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (وحملتك على دابتى) هذه لانه يقال فى العرف حمل فلان فلانا دابته اذا اعارها اياها واذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذالم ينوحمل على الادنى لئلايلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب حقيقة فكان عارية وفى الدرر وشرح المجمع كلام تتبع (واخدمتك عبدى) لانه اذن له فى الاستخدام وهو العارية (اذالم يرد بذلك) اى بكل من الاطعام والحمل والاخدام (الهبة) فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كما مر (ودارى لك سكنى) اى من جهة السكنى

لان داري مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل
تمليك العين او المنفعة وقوله سكنى محكم في المنفعة وهو مبين للثاني بحكم التفسير
فيكون عارية (او داري لك عمري سكنى) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف
تقديره اعمرتها لك عمري والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص
للتنصيص على العارية (وللمعير الرجوع فيها) اى في العارية المطلقة
او المقيدة (متى شاء) لعدم لزومها هذا اذا لم ينقلب اجارة والا فلا يرجع
كما اذا استعار امة لترضع ابنه فارضعته فصار الصبي لا يأخذ الا ثدي غيرها فانه
لا يسترد منها وعليه اجر مثل خادمته الى ان يفطم وكذا لو استعار من رجل فرسا
ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فاراد اخذه
كان له ذلك وان لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان
للمستعير ان لا يدفعه لان هذا ضرر بين وعلى المستعير اجر مثل الفرس من الموضع
الذي طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذي يجد فيه كراء او شراء (ولو هلكت)
العارية (بلا تعد) من المستعير (فلا ضمان) ولو شرط الضمان فانه شرط
باطل كما في المحيط وفي التبيين والعارية اذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا في رواية
صاحب الجوهرة جزم بان العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يقل في رواية
وفي البزازية امر في هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن انتهى
وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على
المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير
ولا يملك والد الصغير اعارة مال ولده والعبد المأذون يملك ان يعير والمرأة
اذا اعارت شيئا من ملك الزوج فهلك ان كان شيئا داخل البيت ومما يكون
في ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما في الفرس والثور فيضمن المستعير او المرأة
كما في البحر وقال الشافعي واحمد يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لقوله
عليه السلام العارية مضمونة ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم
الشراء ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانها امانة
في يده سواء هلكت من استعماله اولا وما رواه محمول على ضمان الرد (ولا تؤجر)
العارية لانها دون الاجارة والشيء لا يستتبع فوقه (ولا ترهن) لان الرهن
ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه وله ان يودع على المفتى به وهو
المختار وصحح بعضهم عدمه كما في المنح (كالوديعة) اى كما لا تؤجر ولا ترهن
الوديعة لانها امانة فلا يجوز التصرف فيهما (فان آجرها) اى آجر المستعير
العارية (فتلفت) اى هلكت (العارية ضمن ايهما شاء) اى المعير مخير
ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض ملك

المعير بغير اذنه (فان ضمن) اى المعير (الموجر) اى المستعير (لا يرجع) بما غرمه (على احد) لانه بالضمان تبين انه اجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابي يوسف (وان ضمن المستأجر رجع على الموجر) اى المستعير (ان لم يعلم) المستأجر (انه) اى ان ما استأجره (عارية) عند موجره وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره قيد به لانه ان علم لا يرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (وله) اى للمستعير (ان يعير) العارة (ان كان مالا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة) والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرط المالك ان ينفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف غير مفيد خلافا للشافعي لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره ولنا انها تمليك المنفع فيملك ان يعيرها كما مر (لا ما يختلف) باختلاف المستعمل (كالركوب) اى ركوب الدابة ولبس الثوب (ان عين) المعير (مستعملا) لان المعير رضى بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكرى لا يكون كركوب السوقى ولبس القصاب ليس كلبس البزاز (وان لم يعين) المعير مستعملا (جاز ايضا) كما يجوز ان يعير ما لا يختلف باختلاف الاستعمال لانه تكون الاعارة مطلقة حينئذ (ما لم يتعين) المنتفع بفعل المستعير (فان تعين) المنتفع بفعله (لا يجوزله) ان يعيره وفرعه بقوله (فلو ركب هو) اى المستعير (ليس له) اى المستعير (اركاب) غيره (وان اركب) المستعير (غيره فليس له ان يركب هو) يعني من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل اويعير غيره للحمل و يركب بنفسه او يركب غيره واياما فعل من الحمل اوحمل الغير من الركوب اوالاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حمله ان يحمل غيره ولا عكس هذا والاضمن وكذا حكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب فى الاول والاركاب فى الثانى وهذا الذى ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب و يركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام كما فى العناية (وان قيدت الاعارة (بنوع اووقت) اى قيد المعير العارية بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه اوفلان معين اوقيدها بوقت معين بشهر اوجمعة مثلا (اوبهما) اى قيدها بالنوع والوقت جميعا (ضمن) المستعير (بالخلاف) فى واحد منهما (الى شر فقط) فلم يضمن بالخلاف الى مثل اوخير كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها اودونها فى الضرر كحمل مثل الحنطة شعيرا لان الاذن بالشئ اذن بما يساويه وبما هو خير منه وهذا استحسان والقياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة

والضرر بخلاف ما وقال احمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة اقفزة بر لان المعير لم يرض بالشيء الثقيل فيضمن لوجود التعدي (وان اطلق) المعير الانتفاع (فيهما) اى فى النوع والوقت (فله) اى للمستعير (الانتفاع باى نوع شاء فى اى وقت شاء) عملا بالاطلاق واختلفوا فى ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخي ليس له ذلك قال الباقلاني هذا القول اصح واكثرهم على ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان الائمة قال ظهير الدين وعليه الفتوى وفى المنح وجعل الفتوى فى السراجية ايضا لكن فى الصغرى قيد ان القول بان العارية تودع اولا تودع محله اذا كان المستعير تملك الاعارة اما فى لا يملكها فلا يملك الايداع وان اختلفا فيما حمل على الدابة وفى مسافة الركوب والحمل او فى الوقت فالقول فى ذلك كله للمعير مع يمينه (وتصح اعارة الارض للبناء والغرس) اى غرس الشجر لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا (وله) اى للمعير (ان يرجع) عن العارية بعد ان بنى المستعير او غرس (متى شاء) لانها غير لازمة (ويكلفه) اى المعير المستعير (قلعهما) اى قلع البناء والغرس عن الارض لانه شغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغه الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما كما فى التبيين (ولا يضمن) المعير ما نقص من البناء والغرس بسبب القلع (ان لم يوقت) العارية اذ المستعير بنى وغرس فى محل كان لغيره حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبله) اى قبل الوقت الذي عينه (كره له) اى للمعير (ذلك) الرجوع لما فيه من خلف الوعد (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) من البناء والغرس (بالقلع) بان يقوم قائما غير مقلوع يعنى اذا كانت قيمة البناء الى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع المستعير على المعير بثمانية دنانير لان المعير غره بالتوقيت وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل فى العواري (وقيل يضمن) المعير (قيمته) اى قيمة البناء او الغرس ذكره الحاكم الشهيد (ويملكه) اى المعير البناء او الغرس الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض كما فى الهداية وعن هذا قال (وللمستعير قلعه) اى البناء او الغرس (بلا تضمين ان لم تنقص الارض به) اى بالقلع (كثيرا وعند ذلك) اى عند نقصان الارض كثيرا بالقلع (الخيار للمالك)

بين تضمين نقصانهما وضمان قيمتهما لا المستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل كما في الهداية وفي المحيط يضمن المعير قيمة البناء والاشجار قائمة على الارض غير مقلوعة منقوضة وان شاء المستعير قلع غرسه وبناءه ولا يضمنه اذا لم يضر بالارض وان كان القلع يضر بالارض لا يقلع الا برضاء صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا انتهى وظاهره مع ما قبله ان القلع اذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما في المختصر والكنز حيث جعلاه تضمين ما نقصه القلع لا تضمين جميع القيمة كما في البحر (وان عارها) اى الارض (للزرع لا تؤخذ منه) اى من المستعير استحسانا لان التضرير بالمؤمن حرام (حتى يحصد) الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا (وقت) المعير (اولا) يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان في الترك مراعاة الحقين وايضا في القلع ابطال ملك المستعير وفي الترك تأخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضررا فيصار الى الثاني (واجرة رد المستعار و) اجرة رد (المستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب) اما المستعار فلان رده على المستعير لانه قبض العارية لمنفعة نفسه فتكون اجرة الرد عليه واما المستأجر فلانه مقبوض لمنفعة الموجر لان الاجر سلم له فلا يكون رده واجبا على المستأجر بل على الموجر فتكون مؤنة رده عليه واما الوديعة فلان منفعة حفظها عائدة له فكانت مؤنة ردها عليه واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه واما المغصوب فلان الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما كانت فتكون عليه مؤنة ردها وفي عمدة الفتاوى نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير (واذا رد المستعير الدابة المستعارة (الى اصطبل ربها) اى صاحب الدابة (او) رد (العبد المستعار (او الثوب) المستعار (الى دار مالكه برئ) عن الضمان اذا هلكت الدابة او هلك العبد او الثوب استحسانا والقياس ان لا يبرأ لانه لم يردهم الى اصحابهم وانما ضيعهم تضييعا وهو قول الائمة الثلاثة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه (بخلاف الغصب والوديعة) فان الغاصب لا يبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة واما المودع فلا يبرأ ايضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ) اذا هلكت قبل الوصول الى المالك لانه من عيال المستعير وله ردها بيد من في عياله (وكذا ان ردها)

اى الدابة (مع اجير ربهـا) اى رب الدابة مشاهرة او مسانهة (او) مع (عبده) اى رب الدابة برئ عن الضمان اذا هلكت استحسانا والقياس ان لا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبها كما ذكرنا آنفا هذا فى زمانهم واما فى زماننا فلا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها كما فى المنح (يقوم) حال من اجيره وعبده صفته لان الجملة نكرة (على الدابة اولا يقوم) وهو الصحيح لان الدابة وان لم تكن فى يده دائما الا انها تدفع اليه فى بعض الاوقات فيكون رضى المالك بدفعها اليه موجودا (بخلاف الاجنبى والاجير مياومة) فانه اذا ردها مع الاجنبى او الاجير مياومة لا يبرأ لانه لا يعد من المال ولا يرضى المالك به فيضمن ان هلكت قبل الوصول (و) بخلاف (ردشئ نفيس) كعقد اللآلى (الى دار مالكه) فانه ان هلك قبل القبض يلزم الضمان لان هذا لا يعد تسليما فى العرف (و يكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتنى ارضك لا اعرتنى) اى اذا اعيرت الارض للزراعة واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب انك قد اطعمتنى ارضك ولا يكتب قد اعرتنى عند الامام لان لفظ الاطعام ادل على الزراعة لان عين الارض لا تطعم وانما يطعم ما يحصل منها بخلاف الاعارة فيها لانها تكون للبناء (خلافا لهما) فان عندهما يكتب الاعارة لان لفظ الاعارة موضوع لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى واذا اعيرت الارض لغير الزراعة يكتب انك اعرتنى ارضك بالاتفاق وفى التنوير ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع اذا ادعى الرد والوكيل والناظر سواء كان فى حيوة مستحقها او بعد موته الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له فى حيوته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين

(كتاب الهبة)

وجه المناسبة بين ما قبلها وبينها ظاهر لان ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهى تمليك العين كذلك وهى لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا و يهب لمن يشاء الذكور وفى العناية انها فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا انتهى وهو يرجع الى المعنى الاول و يتعدى اما باللام نحو وهبته له وحكى ابو عمرو وهبتكه كما فى القاموس وقالوا يحذف اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ما جاء فى احاديث كثيرة فى الصحيح كما فى دقائق النووى فطعن المطرزى انه خطأ ومن التفتازانى انه عبارة الفقهاء كما فى القهستانى وفى الشريعة (هى تمليك

عين بلا عوض) هذا تعريف للهبة المحضة العارية عن شرط العوض فان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتي فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق قرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذى ليس بمال لا يفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك فى الحال لان قوله وهبت لانشاء الهبة حالا كبعت فلا حاجة الى قول من قال هى تمليك مال للحال الاحتراز عن الوصية ولان العين قد لا يكون مالا تدبر فخرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط وان كان بلفظ الهبة وهى امر مندوب وصنيع محمود محبوب قال صلى الله تعالى عليه وسلم تهادوا تحابوا وقبولها سنة فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال فى حديث البريرة هو لها صدقة ولنا هدية وقال عليه السلام لو اهدى الى طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت واليها اى الاجابة الاشارة بقوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا اى سرورا مريئا اى رضيا على الاكل وهى نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع كما فى الاختيار وسببها ارادة الخير للواهب دنيوى كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له واخروى قال الامام ابو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة كما فى النهاية وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك فى العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتى وركنها هو الايجاب والقبول وعن هذا قال (وتصح) الهبة (بايجاب وقبول) على ما فى الكافى وغيره لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وانما حنث بمجرد الايجاب فيما اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار لكن ذكر فى الكرمانى ان الايجاب فى الهبة عقد تام والقبول ليس بركن كما اشار اليه فى الخلاصة وغيرها وفى المبسوط القبض كالقبول فى البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول وفى القهستانى ولعل الحق هذا فان فى التأويلات التصريح بالهبة غير لازم ولذا قال اصحابنا لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز انتهى لكن يمكن الجواب بان القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولا دلالة (وتتم) الهبة (بالقبض الكامل) ولو كان الموهوب شاغلا الملك الواهب لا مشغولا به لقوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة

والمراد هنا نفي الملك لا الجواز لان جوازها بدون القبض ثابت خلافا لمالك فان عنده ليس القبض بشرط الهبة قال صاحب المنح هذه المسائل تجوز وهبة المشغول لا تجوز والاصل في جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة مثاله وهب جرابا فيه طعام لا تجوز ولو وهب طعاما في جراب جازت واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط انه لا يمنع فانه قال اعار دارا من انسان ثم ان المستعير غصب متاعا ووضعه في الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار وكذلك لو ان المعير هو الذي غصب المتاع ووضعه في الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة وتمامه فيه فليراجع وفي الخانية رجل وهب دارا وسلم وفيها متاع الواهب لا تجوز لان الموهوب مشغول بما ليس بهبة فلا يصح التسليم ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها ايضا ساكن فيها جازت الهبة ويصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم وفي الخلاصة رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع الواهب جازت ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لا تجوز عند الامام وعندهما تجوز وعليه الفتوى والمراد بالقبض الكامل في المنقول ما هو المناسب وفي العقار ايضا ما يناسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها بخلاف ما لو وهب ثيابا في صندوق مقفل ورفع الصندوق لا يكون قبضا فلا تتم الهبة وفي الفصولين هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم اذ الهبة في المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلا بد من القبض ولم يوجد (فان قبض) الموهوب (في المجلس) اي مجلس الهبة (بلا اذن) صريح من الواهب (صح) استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي لانه تصرف في ملك الغير ولا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض (وبعده) اي بعد المجلس اراد به بعد الافتراق (لا بد من الاذن) الصريح فلا يصح القبض بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس لان الدلالة لا تعمل بمقابلة الصريح فلهذا لو نهاه عن القبض لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعده وفي القهستاني والحاصل انه اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه في المجلس وبعده ويملكه قياسا واستحسانا ولو نهى عن القبض بعد الهبة لا يصح القبض لا في المجلس ولا بعده ولا يملكه قياسا وان لم ياذن له بالقبض ولم ينه عنه ان قبض في المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا وان قبض

بعد المجلس لا يصح القبض قياسا واستحسانا ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض فان كان القبض باذن الواهب جاز استحسانا لا قياسا وان كان بغير اذنه لا يجوز هذا الكتبه مخالف لما ذكرنا من التأويلات انتهى لكن يمكن التوفيق بان وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض دلالة فيجوز فلا مخالفة اصلا تدبر (وتنعقد) الهبة (بوهبت) اى بقوله وهبت لانه صريح وفى الفرائد قال المص اولا وتصح بايجاب وقبول فمال الى ان ركن الهبة الايجاب والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت الى آخره ومال الى ان ركن الهبة الايجاب فقط كما ان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بان المص بين اولا الركن فقال لايجاب والقبول ثم اراد ان يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ فلا يلزم ما قاله صاحب الفرائد تدبر (ونحلت) لكثرة استعماله فيه (واعطيت واطعمتك هذا الطعام) لان الاطعام اذا نسب الى ما يطعم عينه يكون هبة كما مر اطلقه فشمل ما اذا كان على وجه المزاح كما فى الخلاصة وغيرها ولو قال هبنى هذا الشئ على وجه المزاح فقال وهبت وسلم اليه جاز وعن ابن مبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور فقال لهم هبوا هذا منى فدفعوه اليه فضرب به الارض فكسره فقالوا ياشيخ خدعتنا انتهى وشمل ما لو قال لقوم قد وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فاخذها رجل منهم ملكها كما فى الخانية وكذا بقوله اذنت للناس جميعا فى تمر نخلى من اخذ منه شيأ فهو له فبلغ الناس فمن اخذ شيأ ملكه كما نقله صاحب البحر عن المنتقى ثم قال وظاهره ان من اخذ منه ولم تبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى انتهى لكن يخالف لما مر آنفا من انه لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز لانه مطلق سواء بلغته المقالة اولا تأمل (وكسوتك هذا الثوب) لان الكسوة يراد بها التمليك وفى الخلاصة لو دفع الى رجل ثوبا وقال البس نفسك ففعل يكون هبة ولو دفع اليه دراهم فقال انفقها يكون قرضا (واعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع ولذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه ايضا كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك او حياته او اعمرتك دارى هذه حياتك او اعطيتها حياتك او وهبت هذا العبد حياتك فاذا مت فهو لى واذا مت فهو لورثتى فهذا تمليك صحيح وشرطه باطل (وجعلته لك عمرى) لان اللام فيه للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا الشئ الى آخر عمرى (ودارى لك) حال كونها (هبة تسكنها) لان اللام فى لك للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على

المقصود وليس بتفسير فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (وبنيتها)
أي بنية الهبة (في حملتك على هذه الدابة) لان الحمل يستعمل في الهبة مجازا
فيحمل عليها عند النية كما مر في العارية (وان قال داري لك) حال كونها (هبة
سكنى) لما مر ان سكنى تمييز فيصير تفسيرا لما قبله (لكونه محكما في تمليك المنفعة
فيكون عارية (او) داري لك حال كونها (سكنى هبة) لان في هذا تمليك نفعة
(او) داري لك حال كونها (نحلى) على وزن حبلى العطية (سكنى) فتقديره نحلتها
نحلة سكنى فسكنى رفع الابهام (او) داري لك حال كونها (سكنى صدقة) فسكنى
يقرر تمليك المنفعة (او) داري لك حال كونها (صدقة عارية) لان العارية تمييز فيصير
تفسيرا لما قبله (او) داري لك (عارية هبة) اي داري لك بطريق العارية حال كونه
متبرعا بها لك لان قول العارية صريح في تمليك المنفعة (فعارية) في جميع هذه
العبارات تكون عارية لا هبة (وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة) اي ليس من شأنه
ان يقسم بمعنى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة
من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام (لا) اي لا تصح
هبة (ما) اي مشاع (يحتملها) اي القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة
كما قبلها كالارض والثوب والدار ونحو ذلك وان كانت الهبة لشريك الواهب
لان القبض في الهبة منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لا يقبل القبض
الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض
القاصر ضرورة ولا يجوز فيما يحتمل القسمة خلافا للشافعي فانه جاز فيهما وقالت
الائمة الثلاثة الهبة عقد تمليك فيجوز في المشاع وغيره كالبيع بانواعه واراد
المص بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطاري كان يرجع الواهب
في بعض الهبة شائعا فانه لا يفسدها اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن
لا طارئ بخلاف الرهن لان الرهن يبطله الشيوع الطاري كالمقارن كما في البحر وفي
الدرر اعتراض على صدر الشريعة في هذا المحل فليراجع (فان قسم) اي
افرز الجزء الموهوب المشاع (وسلم) الى الموهوب له (صح) العقد لحصول
الشرط بعد رفع الشيوع وهو كمال الشيوع وان سلمه شائعا حتى لا ينفذ تصرفه
فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما في الدرر وفي المنح هبة
المشاع اذا فسدت لا تفيد الملك وان قبض الجملة روى ذلك عن ابي يوسف وهو
الصحيح وفي الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولا يثبت الملك للموهوب له
بالقبض هو المختار وفي جامع الفصولين والبزازية ان الهبة الفاسدة تفيد الملك
بالقبض وبه يفتى فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح
كما افاده في بعض المعتبرات (ولا تصح هبة دقيق في بر) هبة (دهن في سمسم

وعن في ابن واب) وصلية (سمن ابراو سحرج ان دن) من السمسم والسمن من اللبن (وسلم) لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل الملك بخلاف المشاع اذهو محل له حيث كان موجودا وقت العقد الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذلك لاينافي العقد (وهبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع في ارض وتمر في نخل كهبة المشاع) لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف مالو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لايجوز لان في وجوده احتمالا فصار كالمعدوم وفي الكافي او وهب زرعا في ارض وتمرا في شجر وامره بالحصاد والجذاذ جاز استحسانا و يجعل كانه وهبه بعد الحصاد والجذاذ (وهبة شيء هو في يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض) لتحقق شرط الهبة وهوالقبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب عنه قبض امانة فيلزمه قبض جديد وفي اطلاقه شامل لما اذا كانت في يده امانة او مضمونة ولو وديعة كانه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يدالحقيقة (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه (ان كان الموهوب في يد الاب) فلا يحتاج الى قبض جديد سواء كان في عياله اولا لكن يلزم الاشهاد وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته (اوفي يد مودعه) لان يدالمودع كيد المالك (لاان كان) الموهوب (في يد غاصب) اى اوغصب عبده مثلا غاصب فوهب لابنه الصغير وهو في يد الغاصب لاتتم الهبة بمجرد العقد لانه ليس في يد الاب حقيقة وحكما لكونه مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد (اوفي يد مبتاع بيعا فاسدا) اى لو باعه بيعا فاسدا وسلم ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز (اوفي يد متهب) معناه او وهب لآخر بلاعوض ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز وهو ظاهر لكن في عامة المعتبرات اوفي يد مرتهن مكان متهب يعني لورهن لآخر ثم وهب لطفله لاتتم الهبة بمجرد العقد تتبع (والصدقة في ذلك كالهبة) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط والا يلزم التكرار لان المص ذكر مطلق الصدقة في آخر هذا الكتاب فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد في هذا المحل مطلقا ليس بشيء تتبع (والام كالاب) في ان هبتها لطفلها تتم بالعقد (عند غيبته) اى الاب غيبة منقطعة وتفسيرها تقدم في باب الاولياء (اوموته) اى الاب (وعدم وصيه ان كان الطفل في عيالها) لان للام ولاية الحفظ اذا كان في حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة اوموته وعدم وصيه لانه عند حضور الاب اوالوصي لايكون للام ذلك

ولوفي حجرها (وكذا كل من يعول الطفل) كالام والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه في حرفة كان له التصرف النافع تمليكه بمجرد الهبة اذا كان في يده كما في الاب عند عدم الاب (وهبة الاجنبي له) اي للطفل (تتم بقبضه) اي بقبض الطفل (لوكان عاقلا) اي مميزا يعقل التحصيل ولو ابوه حيا لانه في التصرف النافع ملحق بالبالغ العاقل وفي البحر من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله وفي السراجية من وهب للصغير شيئا له ان يرجع فيه وليس للاب الاعواض من مال الصغير وفي الخانية وسع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته (وتتم) ايضا (بقبض ابيه) حال صغره (اوجده اووصي احدهما) اي بقبض وصي الاب اووصي الجد الصحيح سواء كان الصغير في حجرهم اولا لان لهؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظاهر واما غيره من الجد والوصي فلقيامهم مقام الاب (او) بقبض (امه أن) كان الطفل (في حجرها) اي المتبرع وفي الخلاصة ويباح للوالدين ان يأكلا من المأكول الموهوب للصغير فافاد ان غير المأكول لا يباح لهما الا عند الاحتياج واشار الى ما علم ان ما وهب للصغير يكون ملكا له اما ما اتخذ الاب وليمة الختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد فان كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان اوبشيء يستعمله الصبيان فالهدية للصبي والا ينظر ان كان من اقرباء الاب او معارفه فهو للاب وان كان من اقرباء الام او معارفها فهو للام سواء كان المهدي يقول عند الهدية هذا للصبي ام لا وهذا اذا لم يقل المهدي هذا له اولها وكذا او اتخذ الوليمة لزفاف بنته كما مر وفي السراجية وينبغي ان يعدل بين اولاده في العطايا والعدل عند ابي يوسف ان يعطيهم على السواء هو المختار كما في الخلاصة وعند محمد يعطيهم على سبيل المواريث وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب لا بأس بان يفضله على غيره وعلى جواب المتأخرين لا بأس بان يعطي من اولاده من كان عالما متأدبا ولا يعطي منهم من كان فاسقا فاجرا (او) بقبض (اجنبي يربيه) ويحجره لان له عليه يدا معتبرة حتى لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فملك النفع في حقه (و) تتم (بقبض زوج الطفلة لها) اي للطفلة (ولو) وصلية (مع حضرة الاب بعد الزفاف) اي بعد ان زفت الصغيرة اليه في الصحيح لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه واو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما ملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف (لا قبله) اي لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف لانه لا يعولها قبله ولا يشترط ان يكون مما يجامع مثلها

فى الصحيح (وصح هبة اثنين لواحد دارا) لانها سلمت جملة وقبضت جملة فلاشيوع وفيه اشعار بان هبة الاثنين الاثنين لايجوز (لاعكسه) اى لايصح هبة الواحد للاثنين عند الامام وزفر لان هذه هبة النصف من كل واحد فثبت الشيوع والقبض فى المشاع لايتحقق بخلاف الرهن لان حكم الحبس بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله وقال يعقوب باشا رجل وهب من رجلين شيئا يحتمل القسمة فالهبة فاسدة وليست بباطلة عند الامام فاذا قبضا ثبت لهما الملك على قول وبه يفتى كما فى الذخيرة ويعلم من هذا ان المراد من عدم الصحة الفساد لا البطلان كما لايخفى فليتأمل انتهى (خلافا لهما) فان عندهما تصح نظرا الى انه عقد واحد فلاشيوع كما اذا رهن من رجلين وفى السراجية وهب من رجلين درهما صحيحا تجوز وعليه الفتوى لانها هبة مشاع لايقسم وانما قيدنا بالصحيح لان المغشوش فى حكم العروض فيكون مما يقسم فلا تصح هبته للرجلين للشيوع (وصح تصدق عشرة) دراهم (على فقيرين وهبتها) اى هبة عشرة دراهم (لهما) اى لفقيرين (ولايصحان) اى لايصح التصدق بعشرة ولاهبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم حيث اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلاعوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لواوصى ثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولو اوصى به الاغنياء غير معينين لايجوز وفى الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع فى البابين فكان فى المسئلة روايتان وقيل المراد بالصدقة المذكورة فى الاصل الصدقة على غنيين فلامخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام (خلافا لهما) فان عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة اولى

(باب الرجوع فيها)

اى فى الهبة قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك فى باب على حدة فقال (يصح الرجوع فيها) اى فى الهبة بعد القبض ولو مع اسقاط حقه من الرجوع بان قال اسقطت حقى من الرجوع (كلا او بعضا) مالم يمنع مانع من الموانع الآتية وعند الائمة الثلاثة لايصح الرجوع فى الهبة الا الوالد فيما وهب

لولده او لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية لا يحل لواهب ان يرجع في هبته ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها اي ما لم يعوض والمراد بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله فاذا عدنا بهذا النص وتاويل ما رووه ان الواهب لا يستبد بالرجوع من غير رضى ولا حكم حاكم الا الوالد وان له ان يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاه ولا قضاء كسائر اموال ابنه (ويكره) اي الرجوع تحريما لان الامام الزاهدي قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادي وكثير من الشارحين ولا يقال لا يكره تنزيها فقبيح لانه من قبيل المباح او قريب منه كما في المنح (ويمنع منه) اي من الرجوع (حروف دمع خزقه) احدها من بيت شعر قيل فيه وهو قوله * ومانع عن الرجوع في الهبة * يا صاحبي حروف دمع خزقه * وفي خزانة الفقه اثنى عشر ينقطع به حق الرجوع اذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه او كانت زوجته او كان زوجها او كان اجنبيا وعوضها وقال خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او جزاء عنها او مكافاة عنها او في مقابلها او مات احدهما او خرج عن ملكه او زاد فيها زيادة متصلة بان كان عبدا صغيرا فكبر او كان مهرا ولا قيمة له او كانت ارضا فبنى فيها او كان ثوبا فخاطه او صبغه صبغا يزيد او غيره بان كان حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سويقا فلته بسمن او كان لبنا فاتخذه جبنا او سمنا او اقطا او كانت جارية فعلمها القرآن والكتابة والمشاطة فهذه اشياء لا ينقطع به حق الرجوع اذا زادت قيمته او ولدت الموهوبة يرجع في الام دون الولد او اثمرت الشجرة يرجع في الشجر دون الثمر او كان ثوبا فقطعه ولم يخطه او كان دارا فانهدم شيء منها او وهب لمن عبد او في مرضه او رشه ثم مات الواهب عنه فلورثته الرجوع فيه او وهب لاخيه ولاجنبي عبدا يرجع في نصيب الاجنبي او استحق العوض رجع في الهبة او استحق الهبة يرجع في العوض انتهى ثم شرع ان يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله (فالدال) من هذه الحروف (الزيادة المتصلة) بالموهوب (كالبناء) على الارض اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يمنع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كان له ان يرجع من تلك القطعة دون غيرها كما في التبيين وفي السراجية اذا وهب ارضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ولو زال عاد حق الرجوع (والغرس) وفي المنح رجل وهب لرجل ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى فيها بيتا او دكانا كان ذلك زيادة فيها وليس له ان يرجع في شيء منها (والسمن) بان كان الموهوب هزيلا فسمن عند الموهوب له

واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة وعن هـذا قال (لا المنفصلة) كالولـد والارش والعقر فانه يرجع فى الاصل دون الزيادة قيـد بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب اولا غير مانع لما فى التبيـين من انه لا يرجع فى الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى ولدها فاذا حبلت ولم ترد فللواهب الرجوع فيهـا لانه نقصان انتهى لكن يخالف ما فى السراج من انه لو وهب له جارية فحبلت فى يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لانها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة تتبـع ثم المراد بالاتصال هو ان يكون فى نفس الموهوب شئ يوجب زيادة فى القيمـة كما هو المـذكور فى المتن وكالجمال والخيـاطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السـعر فله الرجوع لانه لا زيادة للعين وكذا اذا زاد فى نفسـه من غير ان يزيد فى القيمة كما اذا طال الغـلام الموهوب لانه نقصان فى الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقـله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابى يوسف ولو وهب عبدا كافرا فاسلم فى يد الموهوب له او وهب عبـدا حلال الدم فعفا ولى الجناية وهو فى يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد القرآن او الكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست زيادة فى العين فاشبهت الزيادة فى السعر وفيه خلاف زفر وروى الخلاف فى العكس ولو اختلفـا فى الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد كما فى التبيين وشرح الكنز للعينى وفى الخانية ولو علم القرآن او الكتابة او القراءة او كانت اعجمية فعلمها الكلام او شيئا من الحروف لا يرجع الواهب فى هبته لحدوث الزيادة فى العين انتهى هذا يخالف ما فى التبيـين كما فى المنح وفيه كلام لان صاحب التبيـين اشار الى ما فى الخانية فقال وروى الخلاف فى العكس تدبر ولو ان مريضا وهب لرجل جارية فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعليه دين مستغرق ترد الهبة ويجب على الموهوب له العقر هو المختار (والميم موت احد العاقدين) اما موت الموهوب له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله الى وارثه واما موت الواهب فلتعـذر الرجوع منه والوارث ليس بواهب والنص فى حق الواهب هـذا اذا كان بعد التسـليم لانه قبل التسـليم بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن الى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت فان كان الحربى اذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحسـانا (والعـين العوض المضـاف اليهـا) اى الى الهبة (اذا قبض) الواهب العوض وفسره بقوله (نحو خذ هـذا عوضـا عن هبتك او بدلا عنها) اى عن هبتك (او) خذه (فى مقابلتها)

باى مقابلة الهبة لان الشرط فى كونه عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض (ولو) وصلية (كان) التعويض (من اجنبى) اى جاز العوض من اجنبى ويسقط حق الواهب فى الرجوع فى الهبة اذا قبض العوض لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير اذن الموهوب له ولا رجوع للعوض على موهوب له (ولو كان شريكه) سواء كان باذنه اولا لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كالو امر ان يتبرع لانسان الا اذا قال على انى ضامن (فلو لم يعوض) اى لم يقل الموهوب له خذ عوض هبتك يكون فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فيشترط فيه مايشترط فى الهبة من القبض (فلكل) واحد منهما (ان يرجع فيما وهب) وفى المبسوط هذا سواء كانت الهبة شيئا قليلا او كثيرا وسواء كان العوض من جنسها او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربوا وانما هى لقطع الرجوع (والخاء الخروج) اى خروج العين الموهوبة (من ملك الموهوب له) بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة فان تبدل الملك كتبدل العين فلو ضحى الشاة الموهوبة اونذر التصدق بها وصارت لحما لايمنع الرجوع عند الطرفين خلافا لابى يوسف (والزاى الزوجية) اى الزوجية مانعة من الرجوع لان المق فيها الصلة اى الاحسان كما فى القرابة (وقت الهبة فله الرجوع لو وهب ثم نكح) لانها لم تكن زوجة وقت الهبة (لا) يرجع (لو وهب ثم ابان) لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة (والقاف القرابة) لان المق منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع سواء كان القريب مسلما او كافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلا رجوع فيما وهب لذى رحم محرم) من الواهب وان وهب لمحرم بلا رحم كاخيه من الرضاع وامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات لايمنع الرجوع وقيد بالمحرم لان الرحم بلا محرم كابن عمه لايمنع الرجوع (ولو وهبت لعبد اخيه) اولاخيه وهو عبد لاجنبى فانه (يرجع) فيها عند الامام وقالا لا يرجع فى الاولى ويرجع فى الثانية (ولو كانا) اى العبد ومولاه (ذارحم محرم) من الواهب (فلا رجوع فيهما) اى فى الهبة للواهب اتفاقا على الاصح (والهاء هلاك الموهوب) فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه (والقول فيه) اى فى الهلاك (قول الموهوب له) لانه منكر اوجوب الرد عليه فاشبه المودع وفى الخلاصة لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه وان قال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك كما فى المنح (وفى الزيادة

قول الواهب) اى لو ادعى الموهوب له ازدياد ما في يده زيادة متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له خلافا لزفر (ولو عوض) الموهوب له (فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لان نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم تسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض كما في البيع (وان استحق نصف العوض لا يرجع) الواهب (بشئ حتى يرد باقيه) اى باقي العوض لان العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربوا وانما اعطاه ليسقط حقه في الرجوع كما مر آنفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من العوض وان شاء رد الباقي عليه ويرجع في الهبة خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب (وان استحق الكل رجع بالكل فيهما) اى لو استحق كل الهبة كان للموهوب له ان يرجع في جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان هالكا وهو مثلي وبقيمته ان قيميا ولو استحق كل العوض حيث يرجع في كل الهبة ان كانت قائمة لا ان هالكة ويشترط ان لا تزداد العين الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كما في الخلاصة (ولو عوض عن نصفها) اي الهبة (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يعوض) لان المانع قد خص النصف غاية ما فيه انه يلزم منه الشيوع في الهبة لكنه طار فلا يضره وفي المنح نقلا عن المجتبى ان العوض المانع من الرجوع هو المشروط في عقد الهبة اما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب في هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ما تقدم من ان دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها ومن انه لو عوضه ولد احد جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمتنع الرجوع وتمامه فيه فليطالع (ولو خرج نصفها) اى نصف الهبة (عن ملكه) اى الموهوب له (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يخرج عن ملكه) لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره ولان له الرجوع في كل الهبة ففي النصف اولى ان يرجع الى ما لم يعوض (ولا يصح الرجوع) عن الهبة (الا بتراض) من الطرفين (او حكم قاض) بالرجوع لولايته على العامة وولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ في حصول المقصود وعدمه خفاء لان من الجائز ان يكون المراد الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام ومن الجائز ان يكون المراد العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الالزام والقضاء وعند الائمة الثلاثة يصح بدونهما ثم فرعه بقوله (فلو اعتق الموهوب له) العبد الموهوب بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ) اعتاقه لانه لا يخرج

بغير ملك الموهوب له الا بقضاء او رضاء ثم صح الاسناد اليهما (ولو منعه)
اي منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ان رجع قبل القضاء
او بعده (فهلك) الموهوب في يد الموهوب له (لا يضمن) لان يده قاصرة
مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء فمنعه مع القدرة على التسليم
فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه بعد طلبه فصار غاصبا
بالمنع بعد الرجوع و في المنع بعد الطلب (وهو) اي الرجوع (مع احدهما)
اي مع التراضي او قضاء القاضي (فسخ) اعادة له (من الاصل) او اعادة
للملك القديم (لا هبة من الموهوب له) وهذا ثمرة الرجوع بالتراضي فانه وان
يجعل بمنزلة الهبة المبتدأة ولذا ان عقد الهبة وقع جائزا موجبا حق الفسخ
فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له فيعود لان العقد وقع غير لازم
لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله (فلا يشترط قبضه) اي الواهب لان القبض
انما يعتبر في انتقال الملك لا في عوده الى الملك القديم (وصح) اي الرجوع
(في المشاع) القابل للقسمة بان وهب دارا ورجع في نصفها ولو كان هبة
مبتدأة لم يصح في المشاع القابل للقسمة (وان تلف الموهوب) عند الموهوب له
(فاستحق) مستحق (وضمن الموهوب له) قيمته للمستحق (لا يرجع على الواهب)
بما ضمن لان العقد تبرع وهو غير عامل له ولا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور
بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة
يقتضي السلامة والاعارة كالهبة هنا كما في التنوير (والهبة بشرط العوض هبة
ابتداء) اي في ابتداء العقد (فيشترط القبض في العوضين) لان القبض
شرط في الهبة لان كل واحد منهما واهب من وجه (ومنها) اي الهبة
(الشيوع) فيما يحتمل القسمة (في احدهما) اي في احد العوضين لما مر
من ان هبة المشاع لا تصح (بيع انتهاء) اي في انتهاء العقد بعد التقابض
(فتثبت الشفعة) اذا كان عقارا كما مر (وخيار العيب والشرط والرؤية
في كل واحد منهما) والفاء في قوله فيشترط وفي قوله فتثبت تفريعا لما قبلهما
من الكلام وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا اي ابتداء وانتهاء لانها تمليك
بدل من الابتداء فكان بيعا ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجري فيه احكام الهبة وانتهاؤه
معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام البيع ولا منافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها
تأخر الملك الى القبض ومن حكم البيع اللزوم وقد ينقلب الهبة بيعا بالعوض
هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبتك ذا على ان تعوضني كذا اما لو قال
وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء كما في الحقائق والعناية وظاهره انه بيع ابتداء

وتتميمه كما فى البحر وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغى ان تكون الهبة باطلة كالبيع

(فصل)

فى بيان احكام مسائل متفرقة (ومن وهب امة الا حملها او) وهبها (على) شرط (ان يردها) اى يرد الموهوب له الامة (عليه) اى على الواهب (او) على ان (يعتقها او) على ان (يستولدها) اى يتخذ الامة امولد (صحت الهبة) فى الصور كلها (وبطل الاستثناء) لانه لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل قصدا لان مافى البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة فتصح فيهما وفى الجنين لا يجوز لانه جزء منها فلا يجوز استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كامر (وكذا) تصح الهبة ويبطل الشرط (او وهب دارا على ان يرد) اى الموهوب له (عليه) اى على الواهب (بعضها) اى الدار (او) على ان (يعوضه شيئا منها) اى من الدار واعترض الزيلعى تبعا لصاحب النهاية على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وان اراد ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيئا منها انتهى واجاب صاحب الدرر بان يختار الشق الاول وقوله فهى والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال فى الصدقة انتهى لكن ان ماجعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية فى مسئلة هبة الارض بشرط انفاق مايخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشى من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضى عوضا مجهولا وقد اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثانى ولا تكرار لان فى عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الاولى مافى شرح الكنز للعينى من انه لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيئا منها لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيئا منها فصريح بالعوض ولا شك انهما متغايران (واو دبر الحمل ثم وهبها) اى الامة (فالهبة باطلة) لان المدبر يبقى على ملك الواهب

الى وقته فصار كهبة المشاع (جاز فيهما واعتقه) اي الحمل (ثم وهبها) اي الامة فانه يجوز العتق في الولد والهبة في الامة لان الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم يشتغل الامة بغير حصته الولد (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او قال فانت بريء منه) اي من الدين (او) قال (ان اديت الي نصفه) اي الدين (فالباقي) اي النصف الآخر (لك او) قال له ان اديت الي (نصفه فانت بريء منه) اي من النصف الباقي (فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل بخلاف قوله انت بريء من النصف على ان تؤدي الي النصف لانه تقييد وليس بتعليق كما في التبيين وغيره ولو قال لمديونه ان كان لي عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا ولو قالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فانت في حل من مهري او قالت مهري عليك صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فانت بريء من الدين الذي لي عليك جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب كما في المنح (والعمرى جائزة للمعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حيوته ولورثته بعده) اي بعد وفاته لقوله عليه الصلوة والسلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته لان المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه السلام ولورثته كما بيناه في اول الكتاب ثم اشار الى تفسير العمرى بقوله (وهي ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ردت) الدار (اليه) اي الى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت للمعمر (والرقبى) بضم الراء (باطلة وان قبضها كانت عارية في يده) هذا عند الطرفين (وعند ابي يوسف تصح كالعمرى) لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها وبه قال الشافعي واحمد والجواب عنه انه ماخوذ من الارقاب معناه رقبة داري لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية ثم اشار الى تفسيرها بقوله (وهي ان تقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلي فلي) فيترقب كل واحد موت صاحبه وفي التنوير بعث الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضا يسترد كل ما اعطى اه وفي فتاوى قاضي ظهير الدين من بائنة رجل تزوج امرأة وبعث هدايا اليها وعوضت المرأة الهدايا عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضا وكان لكل واحد

منهما ان يسترد (والصدقة كالهبة) لانهما تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لاتصح) الصدقة (بدون القبض) بل لابد من كونها مقبوضة كالهبة (ولا) تصح (فى مشاع يقسم) اى يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام خلافا لهما على ماتقدم فى الهبة (ولا رجوع فيها) اى فى الصدقة بعد القبض لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض (ولو) كانت الصدقة (لغنى) استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله وفى الخانية ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب وفى العناية فى هذا المحل كلام وفى حاشيته للمولى سعدى جواب فليطالع (ولا) رجوع (فى الهبة لفقير) لان المقصود الثواب وقد حصل بخلاف الهبة لغنى لانها قد تكون لعوض دنيوى (ولو قال جميع مالى اوما املكه لفلان فهو هبة) لان مملوكه لا يصير لغيره الا بتمليكه (وان قال ماينسب الى اوما يعرف لى لفلان (فاقرار) لانه لا يفهم منه التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه منسوب الى بكونه فى يدى فيكون اقرارا وفى التنوير هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه عنه يتم من غير قبول تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الا اذا سلطه على قبضه وفى المنح نقلا عن جواهر الفتاوى لمسألته عمن كتب قصة الى السلطان وسأل منه تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة انى جعلت الارض ملكا له هل يصير الارض ملكا له ام لا يحتاج الى القبول من السلطان فى مجلس واحد فانه تمليك يحتاج الى القبول عن السلطان فى مجلس واحد قال هذا هو القياس لكن لما تعذر الوصول اليه اقيم السؤال بالقصة مقام حضوره فاذا امره بذلك واخذ منه بالتوقيع تملك

(كتاب الاجارة)

عقبه بالهبة ترقيا من الاعلى الى الادنى فان الاجارة تمليك المنافع والهبة تمليك العين والعين اقوى وهى فى اللغة اسم للاجرة وهى مايستحق على عمل الخير وفى القهستانى فانها وان كانت فى الاصل مصدر آجر زيد يأجر بالضم اى صار اجيرا الا انها فى الاغلب يستعمل بمعنى الايجار اذ المصدر يقام بعضها مقام البعض فيقال آجرت اجارة اى اكريتها ولم يجئ من فاعل بهذا المعنى على ماهو الحق كذا فى الرضى وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من المفاعلة وآجر على وزن فاعل لا افعل لان الايجار لم يجئ والمضارع يواجر واسم الفاعل المواجر وفى عين الخليل اجرت زيدا مملوكى اوجره ايجارا وفى الاساس آجر وهو موجر ولم يقل مواجر فانه غلط ومستعمل فى موضع قبيح وقد جوز صاحب

الكشاف في مقدمة الادب كون آجره الدار من باب الاعمال والمدعنلة معا وفي الاصطلاح (هي) اى الاجارة (بيع منفعة) احتراز عن بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مال ارتفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة ولا يجوز بسكنى دار اخرى للربوا (معلوم) قدرا وصفة في غير العروض لان جهالتهما تفضى الى المنازعة (دين) اى مثلى كالكيل والوزن والعددي المتقارب (اوعين) اى قيمى كالثياب والدواب وغيرهما فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها وفي الدرر وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد والشيوع الاصلي وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير ههنا تعريف للاعم انتهى لكن المص قيد البدلين بالمعلومية فقد اخرج الاجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف ونذان المعتبر في الشرع هي الاجارة الغير المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الآتي والمنفعة تعلم تارة الى آخره تدبر والقياس يأبى جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى على ان تأجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا لازمة مالم يظهر نسخها واما السنة فقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه واما المعقول فلان بالناس حاجة اليه ولا مفسدة فيه وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وفي البحر والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم متأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار وتمامه فيه فليطالع وبهذا يندفع اعتراض المولى سعدي على الهداية بانه لابد ان يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فمعنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك تدبر ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل واحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق النفس وسببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية البدلين وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة مثل ان يقول

اجرتك هذه الدار شهرا بكذا اووهبتك منافعها وتنعقد بالتعاطى كالبيع وشرطها ماتقدم من كون الاجرة والمنفعة معلومتين وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة كما فى المنح ولاتنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطى لان الاجرة غيرمعلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون فلوسا وفى غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطى كذا فى الخلاصة قلت مفاد كلامه ان الاجرة اذا كانت معلومة فى الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطى انتهى (وماصلح ثمنا) فى البيع (صلح اجرة) فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ومراده من الثمن ماكان بدلا عن شئ فدخل فيه الاعيان فان العين يصلح بدلا فى المقايضة فتصلح اجرة وفيه اشارة الى انها لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة فاسدة مالم يبين نقدا منها فان بين جاز والى انها لو كانت كيليا اووزنيا اوعددا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة وقوله وماصلح ثمنا صلح اجرة لاينافى العكس حتى صلح اجرة مالايصلح ثمنا كالمنفعة فانها لاتصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا (وتفسد) الاجارة (بالشروط) كالبيع (ويثبت فيها) اى فى الاجارة (خيار الشرط) كما يثبت فى البيع (و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعى فيهما (و) خيار (العيب) سواء كان حاصلا قبل العقد اوبعده (وتقال) الاجارة (وتفسخ) كما فى البيع كما سيأتى ولما ذكر فى التعريف معلومية المنفعة احتاج الى مابه تكون معلومة فقال (والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى) اى كاجارة الدار للسكنى (والزراعة) اى كاجرة الارض للزراعة (فتصح) اجارتها (مدة معلومة اية مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لاتتفاوت فافاد انها تجوز ولو كانت المدة لا يعيش احد العاقدين الى مثلها عادة واختاره الخصاف لان العبرة للفظ وانه يقتضى التوقيت كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت فيكون متعة ومنعه بعضهم لان الغالب كالمتيقن فى حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها فافاد انها تجوز مضافا كما لو قال آجرتك هذه الدار غدا وللآجر بيعها اليوم وتنقض الاجارة كما فى الخلاصة وفى الخانية ولو كانت الاجارة الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان فى رواية ليس للآجران يبيع قبل مجئ الوقت وفى رواية جاز والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى وتمامه فى المنح فليطالع وعند الشافعى فى احد قوليه لايجوز اكثر من سنة (وفى الوقف تتبع شرط الواقف) لانه كنص الشارع فى وجوب الاتباع (فان لم يشترط) الوقف

فى اجارته مدة بل سكت عنها (فالفتوى ان لايزاد فى) اجارة (الاراضى على ثلث سنين وفى) اجارة (غيرها) اى غير الاراضى ان لايزاد (على سنة) واحدة كيلا يدعى المستأجر ملكها وهو المختار كما فى الهداية وقد افتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلث سنين فى الضياع وعلى سنة واحدة فى غيرها الا اذا كانت المصلحة فى غيره وفى المحيط وهو المختار للفتوى فلو آجرها المتولى اكثر مما ذكر لم تصح وقيل تصح وتفسخ وهذه المسئلة وماقبلها ذكرت فى الوقف فما الفائدة فى تكرارها والحيلة فى الزيادة ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة ويكتب فى الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا فيكون العقد الاول لازما والباقى غير لازم لانه مضاف فلمتولى الوقف ان يفسخ الاجارة فى العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف لعلة مذكورة بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد واحد كما فى الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى اى دعوى الملك بمرور الزمان لا تصح الاجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم انتهى وذكر صدر الاسلام ان الحيلة فى الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه واعلم ان اجارة الوقف لاتجوز الا باجر المثل اواكثر ولو آجر الناظر بدون اجر المثل لاتصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام اجر المثل وفى البحر متولى ارض الوقف آجرها بغير اجر المثل يلزم مستأجرها تمام اجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى قيل ان استأجر دار الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص يجوز وان غلا اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانيا وكذا اذا استأجرها الى سنة فغلا السعر بعد مضى نصف السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيمابقى بخلاف الكرم المستأجر ليأكل ثمرته فى رأس السنة (و) المنفعة (تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته) اى خياطة الثوب وفيه اشارة الى انه لابد ان يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ بانه احمر اونحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والمخيط (وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة) لما فى البحر من ان استيجار الدابة للركوب لابد فيه من بيان الوقت والموضع حتى لوخلا عنهما فهى فاسدة وبه يعلم فساد اجارة دواب المكارين الواقعة فى زماننا لعدم بيان الوقت اوالموضع (و) المنفعة (تارة) تعلم (بالاشارة كنقل هذا) الطعام (مثلا الى موضع كذا) لانه اذا عرف ماينقله مع موضع ينتهى اليه صار معلوما (والاجرة) فى الاجارة (لاتستحق بالعقد) اى بنفس العقد فلايجب تسليمها عينا كان او دينا عندنا لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهى معدومة ،

عند العقد واذا يقام العين مقام المنفعة فى حق اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة فتجب الاجرة مؤجلا موقتا على تحقق احد الامور الآتى ذكرها وعن هذا قال (بل تستحق بالتعجيل هو اوبشرطه) اى بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل اوشرط التعجيل فقد ابطل المساواة التى هى حقه بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من البدل للتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبله ولايتغير هذا المعنى (اوباستيفاء المعقود عليه) لتحقق المساواة بينهما اذالعقد عقد معاوضة (اوالتمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ هذا اذاكانت الاجارة صحيحة فاما اذاكانت فاسدة لايجب شئ بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الابحقيقة الانتفاع ثم فرع على هذا بقوله (فتجب) الاجرة (اوقبض) المستأجر (الدار ولم يسكنها) اى الدار (حتى مضت المدة) لان تسليم نفس المنفعة لما لم يمكن اقيم تسليم محلها مقامها اذالتمكن من الانتفاع يثبت به وفى النوازل اذااستأجر دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة فى الدابة فعليه الاجر وان كان لعلة فيها فلااجر (وتسقط) الاجرة (بالغصب) الا اذا امكن اخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية كما فى التنوير (بقدر فوت التمكن) يعنى اذاغصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر فى جميع المدة سقطت الاجرة وان غصب فى بعضها سقطت بقدر ذلك واشار بقوله سقط الاجر الى ان العقد ينفسخ بالغصب كما فى الهداية خلافا لقاضيخان فانه قال لاتنفسخ واطلاقه شامل للعقار وغيره ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لاحقيقته اذالغصب لايجرى فى العقار عندنا قال صاحب المنح ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستأجر ولابينة له على دعواه يحكم الحال فان كان المستأجر هو الساكن فى الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولااجر عليه كمسئلة الطاحونة وفى تنويره ولوسلم اى اوسلم الآجر المستأجر العين الموجرة بعد مضى بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع من ذلك اذالم يكن فى مدة الاجارة وقت يرغب فى العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان فيها وقت كذلك اى يرغب فيها فى وقت معين دون وقت كما فى بيوت مكة ومنى خير فى قبض الباقى وفى السراجية وغيرها اذاسكن دارا معدة للغلة اوزرع ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجرة وعليه الفتوى وفى القنية تسليم المفتاح فى المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضى المدة وان لم يسكن وتسليم المفتاح

في السواد ليس بتسليم الدار وان حضر المصر والمفتاح في يده (ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة) لان العقد في حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا وكان ينبغي ان يجب تسليمه او خطوة او سكنى ساعة الا انا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة لان هذا يفضي الى الحرج الا اذا بين زمان الطلب عند العقد فيوقف الموجر الى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل وقال زفر ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السير كما قال الامام اولا (وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) اذ قبله لا ينتفع بالبعض فلا استحقاق للاجر (وان) وصلية (عمل في بيت المستأجر) على ما في الهداية والتجريد وفي المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجرة بحسابه كما اذا سرق الثوب في بيت المستأجر يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل بما لو استأجر انسانا ليبني له حائطا في ارضه ثم انهدم فله اجر ما بنى وفي التنوير ثوب خاطه الخياط باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر له ولا يجبر على الاعادة وان كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الاعادة كانه لم يعمل (وللخباز) طلب الاجر (بعد اخراج الخبز) من التنور لان تمام العمل بالاخراج وفي اطلاقه اشارة الى انه يستحق الاجر باخراج البعض بقدره لان العمل في ذلك القدر صار مسلما الى صاحب الدقيق (فان احترق) الخبز (قبل الاخراج) من التنور (سقط الاجر) سواء كان في بيت المستأجر او بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه الضمان في قول اصحابنا جميعا لان هذا جناية يده بتقصيره في القلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر كما في الغاية وغيرها وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية فان احترق بعد ما اخرجه فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقول صدر الشريعة اي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج غير موافق للمنقول عن الائمة الفحول كما في الدرر لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب الغاية بان المراد بالاحتراق في الوقاية ما لا يكون بصنعه وفي الغاية ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله بالاجماع واما ما قيل من انه لا ضمان في الفصلين على الخباز لان الجناية غير واقعة منه فيهما هذا على ظاهر الرواية عن الامام كما قيل في الهداية لانه لم يوجد منه الجناية فصاحب الوقاية اختار ما اختاره صاحب الهداية فليس بسديد لان قول صاحب الهداية لا ضمان عليه متعلق بقوله فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فقط لا فيما اذا احترق قبله تدبر ومن هذا قال (وان) احترق من غير فعله (بعده) اي بعد الاخراج (فلا) يسقط (ان كان) يخبز (في بيت المستأجر) لانه بمجرد الاخراج

صار مسلما اليه فى منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه وفيه اشارة بان من كان يخبز فى منزل نفسه لايستحق الاجر بالاخراج بل بالتسليم الحقيقى (ولاضمان) فيهما عند الامام (وقالا ان شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولااجر وان شاء ضمنه الخبز وله الاجر) ولايجب عليه ضمان الحطب والملح وفى النهاية هذا الذى ذكر من الاختلاف اختيار القدورى واما عند غيره فهو مجرى على عمومه فانه لاضمان بالاتفاق اما عند الامام فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وقال القدورى يضمن عندهما مثل دقيقه لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم (وللطباخ للوليمة) طلب الاجر (بعد الغرف) اى بعد وضع الطعام فى القصاع اعتبارا للعرف والمقيد للوليمة لانه لوكان لاهل بيته ولاعرف عليه كما فى الجوهرة فان افسده الطباخ او احرقه اولم ينضجه فهو ضامن للطعام واذا دخل الخباز او الطباخ بنار ليخبز بها او يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلاضمان عليه (وضارب اللبن) على وزن الكلم اى للذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد اقامته) اى اقامة اللبن عن محله (عند الامام) حتى لوفسد بالمطر قبلها فلا اجر له (وقالا بعد تشريجه) وهو جعل بعض على بعض حتى لوفسد بعد الاقامة قبل النقل فلا اجر له اذلايؤمن الفساد قبله وله ان الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ماقبل الاقامة لانه طين منتشر هذا اذا لبن فى ارض المستأجر وان لبن فى ارض نفسه لايستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما والعرف فى ديارنا على ماقاله الامام (ومن) كان (لعمله اثر فى العين كصباغ) يظهر لونا فى الثوب (وقصار يقصر بالنشا والبيض) هذا فى ديار الشام ليظهر البياض المستور وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافى كما فى ديارنا كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (فله) اى للمستأجر (حبسها) اى العين (للاجر) لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به ولنا ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذلاوجود للعمل الابه وكان مضطرا اليه والرضاء لايثبت مع الاضطرار هذا اذا كان حالا اما اذاكان مؤجلا فلايملك حبسها وفى الخلاصة هذا اذ عمل فى دكانه واما اذا عمل فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فان حبسها) للاجر (فضاعت) العين بلاتعد منه (ولاضمان) عليه لكونه امانة فى يده كما كان قبل الحبس

(ولا أجرله) اذا هلك المعقود عليه قبل التسليم هذا عند الامام (وقالا ان شاء المالك ضمنه معمولا وله الاجر) لان العمل صار مسلما اليه تقديرا لوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلما حقيقة (اوغير معمول ولا اجر) لان العمل لم يصر مسلما اليه (ومن لا اثر لعمله فيها) اى فى العين (كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له) اى للعامل (حبسها) اى العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقامها فلا يتصور حبسه ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار ان شاء ضمن المستأجر قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير محمولة ولا اجر (بخلاف راد الآبق) فان له حبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد فكأنه باعه فكان له حق الحبس (واذا اطلق) المستأجر (العمل للصانع) ولم يقيد بعمله (فله ان يستعمل غيره) كما اذا امر ان يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء اوفاه بنفسه او باستعانة بغيره كالمأمور بقضاء الدين وقوله على ان يعمل اطلاق لا تقييد فيه ان يستأجر غيره (وان قيد بعمله بنفسه) بان قال خطه بيدك (فلا) اى فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره لان عمله يكون هو المعقود عليه والاخص (ومن استأجره رجل ليجيئ بعياله من موضع (فوجد بعضهم) اى بعض العيال (قدمات فاتى بمن بقى) من العيال (فله) اى للاجير (اجره بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندوانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله كما فى اسبين فعلى هذا لو قيد المص بقوله لو كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفى الخلاصة فان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة (وان استوجر لايصال طعام الى زيد فوجده ميتا) اولم يجده (فرده) اى الطعام (فلا اجرله) لانه نقض المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه وقال زفر له الاجر لانه عمل الحمل الى البصرة وقد اوفى به وجنى فى رده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته (وكذا) لو استأجر (لايصال كتاب اليه) اى الى زيد (فرده) اى الكتاب (لموته) اى زيد (اوغيبته) فلا شيء له عند الشيخين (وقال محمد له اجر ذهابه هنا) اى له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر هذا موافق لما فى الهداية وشروحها ومخالف لما فى المجمع وشرحه

حيث صرح بان ابا يوسف مع محمد لامع الامام لكن يمكن الحمل على اختلاف روايتين (ولو تركه) اى الكتاب (هنالك) للورثة وكذا اذا دفع الى وصيه (فله اجر الذهاب اجماعا) لانه اتى باقصى ما فى وسعه هذا اذا شرط المجئ والاوجب كل الاجرة اوترك الكتاب ثمه كما فى القهستانى وفيه اشارة الى انه لو وجده ولم يوصله اليه لم يجب له شئ من الاجر لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال

(باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز)

لما فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز (وصح استيجار الدار والحانوت وان) وصلية (لم يذكر ما يعمل فيه) اى فى كل واحد منهما استحسانا لان العمل المتعارف فى كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه والقياس ان لا يجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان (وله) اى المستاجر (ان يعمل كل شئ) من العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وان يدق فيه وتدا وربط الدواب فى موضع معتاد له ويسكنها من احب سواء كان باجارة اوغيرها وليس للاجير ان يدخل دابته الدار المستأجرة بعدما سكن المستأجر وفيه اشارة الى انه لوقال عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى كما فى القهستانى (سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن) من غير رضى المالك اواشتراطه ذلك فى عقد الاجارة لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للآجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح (استيجار الارض للزرع ان بين) المستأجر (ما يزرع) لجريان العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من بيانه (اوقال على ان يزرع فيها ما يشاء) كيلا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان يزرع فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر اوخنزير وفى الاستحسان

يجب الذي ويتقلب الرضيع حجيبا والمستاجر يشرب والطرق ... بخلاف
البيع وفي القنية استاجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شاء فله
ان يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا وفي البزور آجرها وهي مشغولة بزرع غيره
ان كان الزرع بحق لا تجوز ما لم يستحصد الا ان يؤجرها مضافة الى المستقبل
وان بغير حق صحت (و) صح استيجار الارض (للبناء والغرس) اي الغرس
الاشجار لان كل واحد منهما نفع مقصود بالاجارة (واذا انقضت المدة)
اي مدة الاجارة طويلة كانت او غير طويلة (لزمه) اي المستاجر (ان يقلعهما)
اي البناء والغرس (ويسلمها) اي الارض حال كونها (فارغة) فانه
لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفي تركهما على الدوام ضرر
بصاحب الارض سواء كان باجر او بغيره وقد وجب القلع وفي القنية استاجر ارضا
وقفا وغرس فيها وبنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستاجر ان يستبقيها باجر
المثل اذا لم يكن في ذلك ضرر ولو ابى الموقوف عليهم الا القلع ليس لهم ذلك انتهى
وفي البحر وبهذا يعلم مسئلة الارض المحتكرة (الا ان يغرم) المستاجر (الموجر)
وهو صاحب الارض (قيمة ذلك) اي البناء والغرس (مقلوعا) لان في ذلك
نظرا لهما (برضى صاحبه) اي صاحب البناء او الغرس ان لم تنقص الارض
بالقلع (وان كانت الارض تنقص بقلعه) اي البناء او الغرس (فبدون رضاه
ايضا) اي يغرم الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضى صاحبه (ايضا)
اي كما يغرم برضاه ان كانت تنقص بقلعه ومعرفة قيمته ذلك ان تقوم الارض
بدون البناء والشجر وتقوم وفيها بناء وشجر ولصاحب الارض ان يقلعه
فيضمن فضل ما بينهما (او رضيا) عطف على ان يغرم اي الا ان رضي
الموجر والمستاجر لكن رضى الموجر يكفي فلا حاجة الى رضى المستاجر لما قالوا في
تعليله لان الحق له فاذا رضي باستمراره على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك
تأمل (بتركه) اي بترك كل واحد من البناء والغرس على الارض (فيكون البناء
والغرس لهذا) اي للمستاجر (والارض لهذا) اي للموجر الذي هو صاحب
الارض (والرطبة) في الارض المستاجرة وكذا الكراث ونحوها (كالشجر)
في القلع اذا انقضت المدة اذ ليس لانتهائها مدة معلومة (والزرع يترك)
على الارض (باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فيوجد في التأخير
مراعاة الحقين بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله الى
الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ما كان عليه اولى ما دامت المدة
باقية والحق بالمستاجر المستعير فيترك الى ادراكه باجرة المثل كما في البحر واما الغاصب
فيؤمر بالقلع مطلقا (و) صح (استيجار الدابة للركوب والحمل و) استيجار

(الثوب للابس) لجريان العادة بذلك (فان اطلق) الموجر للمستاجر الركوب او اللبس بمعنى ان قول على ان يركبها من شاء و يلبس الثوب من شاء (فله) اى للمستاجر (ان يركب من شاء ويلبس من شاء) لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعل ماشاء وفى التبيين ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيه ماشاء فسدت الاجارة للجهالة (فاذا ركب) الدابة (اولبس) الثوب (هو) اى المستاجر نفسه (اواركب) المستاجر الدابة (اوالبس) الثوب (غيره تعين) مرادا من الاصل (فلا يستعمله غيره) فصار كالنص عليه ابتداء وفى البحر واذا تكارى قوم مشاة ابلا على ان المكارى يحمل عليه من مرض منهم اومن عيى منهم فهو فاسد (وان قيد) الموجر (براكب) معين (اولابس) معين (فخالف ضمن) المستاجر اذا هلكت الدابة اوالثوب لان الناس يتفاوتون فى العلم بالركوب واللبس ولا اجر عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع (وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل) فى كونه يضمن اذا هلك مع المخالفة والتقييد (ومالا يختلف به) اى باختلاف المستعمل (فتقييده) اى تقييد الموجر بشخص معين (هدر فلو شرط) الموجر (سكنى واحد بعينه) فى اجارة الدار (جاز) للمستاجر (ان يسكن غيره) لان الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت فى السكنى ومايضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد و عند ابى يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى مايحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر) يحمله على الدابة التى استأجرها (فله) اى للمستاجر (حمل مثله اوما اخف منه) فى الضرر (كالشعير والسمسم لا) اى ليس له ان يحمل عليها (ماهو اضر منه) كالملح لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى اكثر منها لم يجز فله ان يحمل كرحنطة لغيره لو استأجرها يحمل كرحنطة لانه مثله وله حمل كرشعير لانه دونه والقياس ان يضمنه بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ماكان للمخالفة وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا وفيه اشارة بان سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير اوالقطن يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر من البر كما فى شرح الكنز لكن ذكر فى الذخيرة فى هذا ايضا عدم الضمان وقال شيخ الاسلام انه لايضمن استحسانا وهو الاصح لان ضرر الشعير اوالقطن مثل ضرر الحنطة فى حق الدابة عند استوائهما وزنا وبه يفتى الصدر الشهيد كما فى النهاية (وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها

اكثر (وان زاد على ما سمي فعطبت) الدابة (ضمن قدر الزيادة ان كانت تطيق ما حملها) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فاقسم عليهما حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين مثلا ضمن سدس الدابة واشار بالزيادة الى انها من جنس المسمى فلو حمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما في البحر (والا) اي وان لم تطق ما حملها (فكل القيمة) لعدم الاذن فيه هذا اذا حملها المستأجر اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على المستأجر وان حملا معا وجب النصف على المستأجر ولو حمل كل واحد حمولا وحده لا ضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد ولم تعرض المص الاجر اذا هلكت وفي الفوائد ان عليه الكراء لا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول الاجر في مقابلة الحمل المسمى والضمان في مقابلة الزائد وفي البحر ولم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم اره صريحا والقواعد تقتضي ان يجب المسمى فقط اما اذا حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فمنافع الغصب لا تضمن عندنا ومن هنا يعلم حكم المكاري في طريق مكة وان كان لا يحمل المستأجر الزيادة على المسمى الا برضى صاحب الدابة ولهذا قالوا ينبغي ان يرى المكاري جميع ما يحمله انتهى (وفي الارداف يضمن النصف) اي المستأجر اذا استأجر الدابة لركوبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها (ولا عبرة بالثقل) لان ركوب العالم بالفروسية لا يضمن وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما في البحر وغيره (وان كبحها) اي الدابة من كبحت الدابة بلجامها اذا ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري (او ضربها فعطبت) اي هلكت (ضمن) عند الامام لانه فعل غير مأذون فيه (خلافا لهما) اي لا يضمن عندهما وعند الائمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لان التصرف في السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وفي العناية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان وكذا بالكبح لان بالسوق لا يضمن اتفاقا (وان تجاوزها) اي بالدابة (مكانا سماه) فعطبت (ضمن) قيمتها لانه صار غاصبا (ولا يبرأ) من الضمان (بردها)

اى الدابة (الى ما سماه) اى الى مكان سماه (وان) وصلية (استأجرها ذهابا واياباً فى الاصح) وقال زفر لا يضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع ولنا ان يد المستأجر ليست يد المالك ولابد من الرد اليه بعد التعدى وبالعود لايكون راداً لها اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك فى الحفظ فاذا عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكماً فقوله فى الاصح احتراز عما قيل انه يضمن اذا استأجر ذاهباً فقط لاجائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع فيضمن بالتجاوز عنه قال صاحب الهداية الاطلاق اصح وقال صاحب الكافى التقييد اصح (ومن نزع سرج الحمار) الذى اكتراه بسرج (واسرجه بما يسرج به مثله) فهلكت (لا يضمن) اتفاقا لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فيضمن الزيادة كما فى الهداية (وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج) متعلق بقوله اسرجه (او بما لا يوكف به) متعلق بقوله اوكفه (مثله) فهلكت (ضمن) جميع قيمته لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله) عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل واثره يخالف ايضا لانه لا ينبسط انبساط السرج فكان فى حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل قيد بكونه لا يسرج مثله لانه اذا استأجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله او اسرجها مكان الاكاف لا يضمن كما فى الخلاصة وفى البحر او استأجرها عريانة فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا اذا استأجرها من بلد الى بلد لا يضمن وان استأجرها ليركبها فى المصر ان كان المستكرى من الاشراف لا يضمن ثم قال وفى الكافى الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لا يخفى انتهى (وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط) حتى لو كان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف قيمتها لانعدام الاذن فى قدر الزيادة والجواب قدمر آنفا وفى العناية ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر فى الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن ما زاد وفى رواية الجامع يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا فى معنى قولهما يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن الامام فمنهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن

(وان ذلك الجمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه) اي على الجمال (ان لم يتفاوت الطريقان) لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت (وان تفاوتا) اي الطريقان بان كان الطريق المسلوك اعسر او ابعد او اخوف من الطريق الآخر (او كان) الطريق المسلوك (مما لا يسلكه الناس) وان لم يكن بين الطريقين تفاوت كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وغيره وعلى هذا ظهر لك عند عدم فهم من قال من انه لا حاجة اليه لان تفاوت الطريقين يغني عنه ويمكن دفعه بالتكلف انتهى لانه لا بد من ذكر هذه المسئلة لانها مستقلة تدفع قيد بالتعيين لانه اولم يعين لا ضمان وفي الخلاصة الجمال اذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر او سرقة فهو ضامن اذا كانت السرقة والمطر غالبا (او حمله) اي حمل الجمال المتاع (في البحر) اذا قيد بالبر (فتلف) المتاع في هذه الصور (ضمن) الجمال لصحة التقييد اما اذا تفاوتا او لا يسلكه الناس فظاهر واما اذا حمله في البحر فلخطر البحر وندرة السلامة واطلاقه يشمل ما اذا كان مما يسلكه الناس اولا وقيدنا بكونه قيده بالبر لانه لو لم يقيد به لا ضمان كما في البحر (وان بلغ) قال الاتقاني السماع بلغ بالتشديد اي ان بلغ الجمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع اي اذا بلغ الى ذلك الموضع كما في البحر (فله الاجر) اي للحمال لحصول المقصود وارتفع الخلاف معنى فلا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في جانبين كما في شرح الكنز للعيني (وان عين زرع بر فزرع رطبة) اي من استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة (ضمن ما نقصت الارض) لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا اجر عليه) لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر قال العيني وان زرع ما هو اقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا وفي المنح ما ذكر هنا من عدم وجوب الاجر ووجوب ما نقص من الارض هو مذهب المتقدمين من المشايخ واما مذهب المتأخرين فيجب اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف او لليتيم او اعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه (وان امر بخياطة ثوب قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته) اي الثوب (وبين اخذ القباء ودفع اجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه القيمة واما وجب اجر المثل

دون المسمى لان صاحبه انما رضى بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل (لا يزاد على ما سمى) كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة وفى البحر اطلقه فشمل ما اذا كان يستعمل استعمال القميص وما اذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابى فى الثانى حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار وعن الامام انه لا خيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب (وكذا) خير المالك (لو امر بقباء فخاطه سراويل فى الاصح) للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا (وقيل يضمنه هنا بلا خيار) للتفاوت فى المنفعة

(باب الاجارة الفاسدة)

وجه التأخير عن الصحيحة ظ (يجب فيها) اى فى الاجارة الفاسدة (اجر المثل لا يزاد على المسمى) المعلوم عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة يجب الاجر بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه واذا نقص اجر المثل لا يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى فالحاصل ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل اوزاد عليه فاجر المثل وان كان اقل منه فالمسمى كما فى القهستانى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى اولعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى اولعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما و بعضه غير معلوم مثل ان يسمى دابة اوثوبا او يستأجر الدار اوالحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على ان لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة و يجب عليه اجر المثل بالغا ما بلغ ان سكنها (ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد فى شهر واحد فقط) وفسد فى الباقى لان كلمة كل للعموم وقد تعذر العمل بها لان الشهور لا نهاية لها والواحد معين فيصح فيه واذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابى يوسف و بمحضره على قولهما وقيل لا يفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق (الا ان يسمى جملة الشهور) اى الا ان يعين كل الاشهر بان يقول آجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن) المستأجر (منه) اى من الشهر (ساعة صح فيه) اى فى ذلك الشهر الذى سكن ساعة لحصول رضائهما بذلك (ويسقط حق الفسخ) اى لا يكون للموجر اخراجه الى ان ينقضى ذلك

الشهر الآخر لأنه تم العقد بتراضيهما في أوله وهذا هو القياس وقد مال إليه بعض المتأخرين (وظاهر الرواية بقاؤه) أي بقاء حق الفسخ (في الليلة الأولى ويومها) أي لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر الداخل ويومها وبه يفتى كما في أكثر المعتبرات لأن ذلك رأس الشهر وفي اعتبار أول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين في ساعة رؤية الهلال ولو فسخ في أثناء الشهر لا ينفسخ وقيل ينفسخ إذا خرج الشهر ولو قال في أثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ إذا أهل الشهر بلا شبهة ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الأجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ فيما عجل (وإن آجرها) أي الدار (سنة بكذا صح وإن) وصلية (لم يبين قسط كل شهر) لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والأجرة معلومة فتصح وتقسم الأجرة على الأشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) أي مدة الإجارة (ما سمي) إن وقعت التسمية بأن قال من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وإلا) أي إن لم يقع تسميته (فوقت العقد) هو المعتبر في ابتداء المدة لأن الأوقات كلها سواء في حكم الإجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالأجل واليمين أن لا يكلم فلانا شهرا هذا إذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وإن عين المدة تعين ذلك وهو ظاهر (فإن كان) عقد الإجارة (حين يهل) على صيغة المجهول بمعنى يبصر الهلال والمراد من الحين اليوم الأول من الشهر دون ليله كما في اليمين (تعتبر) السنة كلها (بالأهلة) لأنها هي الأصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس (وإلا) أي وإن لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد ما مضى من الشهر (فبالأيام) أي فتعتبر الأيام في الشهور بالعدد وهو أن يعد كل شهر ثلاثين يوما هذا عند الإمام لأنه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالأهلة تعذر اعتبار الثاني والثالث أيضا لأن الشهر الأول لما وجب تكميله من الثاني لكونه متصلا به انتقص الثاني أيضا فوجب تكميله من الثالث وهكذا إلى آخر المدة (وعند محمد الأول) أي الشهر الأول (بالأيام والباقي بالأهلة) لأن الأصل في الشهور اعتبارها بالأهلة عند الإمكان وقد أمكن ذلك في الشهور المتخللة وتعذر بالأول فيكمل بالأيام الشهر الآخر (وأبو يوسف معه) أي مع محمد (في رواية ومع الإمام في أخرى وكذا العدة) فإن الإجماع إذا كان حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة بالأهلة وهذا بلا خلاف وإذا كان في أثناء الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر بالأيام اتفاقا وكذا في حق انقضاء العدة عنده وأما عندهما فيعتبر شهر واحد بالأيام وشهران بالأهلة وذكر في النهاية أن العدة في هذه الصورة تعتبر بالأيام

اتفاقا كما فى القهستانى (ويجوز اخذ) الحمامى (اجرة الحمام) للتوارث والتعارف قال صلى الله تعالى عليه وسلم ماراه المؤمنون حسنا فهو عندالله حسن فلا تعتبر جهالة المنفعة فى مثل هذا ومن العلماء من كره الحمام لانه شربيت باشارة النبى عليه السلام وكره بعضهم اتخاذه للنساء لانه قلما يخلو اجتماعهن عن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما فى اكثر المعتبرات (و) يجوز اخذ (الحجام) اجرته لماروى انه صلى الله تعالى عليه وسلم احتجم واعطى اجرته فكان قوله عليه السلام ان من حرام السحت كسب الحجام منسوخا بماروى (لا) يجوز (اخذ اجرة عسب التيس) هو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس بمعنى اخذ اجرة عسب التيس على حذف المضاف والمضاف اليه لان حقيقة العسب ليس بمكروه لانه سبب لبقاء النسل ولان الاستيجار للاحبال والانزاء وهو امر موهوم غير معلوم (ولا) يجوز اخذ الاجرة عند المتقدمين (على الطاعات) وفى شرح الوافى والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل (كالاذان والحج والامامة) والتذكير والتدريس والغزو (وتعليم القرأن والفقه) وقراءتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه السلام اقرؤا القرأن اى علموا ولا تأكلوا به بخلاف بناء المساجد واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير والعلوم الادبية فان اخذ الاجرة فى الجميع جائز بالاتفاق وقال الشافعى يجوز فى كل مالا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان (اوالمعاصى) اى لا يجوز اخذ الاجرة على المعاصى (كالغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه عن طوع من غير عقد وفى شرح الكافى لا يجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل اوشئ من اللهو ولا على قراءة الشعر ولا اجر فى ذلك وفى الولوالجى رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو اوالقافلة اوالعرس يجوز لانه طاعة (ويفتى اليوم بالجواز) اى بجواز اخذ الاجرة (على الامامة وتعليم القرأن والفقه) والاذان كما فى عامة المعتبرات وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ماشاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم

على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن واما اليوم فذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقلما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم يمنعهم من ذلك فلو لم يفتح باب التعليم بالاجر لذهب القرآن فافتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا يرى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمانه عليه السلام وزمان ابى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه حتى منعهن عمر رضى الله تعالى عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب كما فى التبيين وفى النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا فى زماننا وفى الخانية خلافه تتبع وفى المجمع يفتى بجواز الاستيجار على التعليم والفقه والامامة كذا فى الذخيرة والروضة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف كما فى شرح الكنز للعينى (ويجبر المستاجر) وهو الصبى او وليه (على دفع ما سمى) من الاجر (ويحبس به) اى بالاجر الذى سمى (و) يجبر (على) دفع (الحلوة المرسومة) الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى وهى لغة ما يستعملها اهل ماوراء النهر حتى اولم يكن بينهما قول وشرط يؤمر بارضاء المعلم وفى الخانية وغيرها رجل استأجر رجلا ليعلم ولده او عبده الحرفة فيه روايتان فى رواية المبسوط يجوز وفى رواية القدورى لا يجوز فان بين له وقتا معلوما سنة او شهرا جازت الاجارة و يستحق المسمى تعلم الولد اولم يتعلم وان لم يبين لذلك وقتا لا تصح الاجارة وله اجر المثل ان تعلم الولد والعبد وان لم يتعلم فلا اجر له وفى الجواهر استوجروا لحمل جنازة مسلم او لغسل ميت فان كان فى موضع لا يوجد من يفعله غير هؤلاء فلا اجر لهم وان كان فى موضع فيه اناس غيرهم فلهم الاجر وفى الكشف اجارة السفن جائزة وهى على وجهين احدهما ان يستأجرها الى مدة معلومة والآخر ان يستأجرها الى مكان معلوم وكلاهما جائزان ان مضت المدة وهى فى البحر فله ان يمسكها حتى تخرج من البحر ويعطيه اجر مثلها وكذا اجارة الخيام والفسطاط جائزة وله ان ينصب ذلك كما ينصب الناس فان احترق فى الشمس او فسد فى السفر من المطر او الثلج او تخرق من غير عنف او خلاق فلا ضمان وكذا اجارة الاسلحة جائزة وله ان يقاتل ولا ضمان عليها ان هلكت وان تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا اجر عليه (ولا تصح اجارة المشاع) سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض او فيما لا يحتمل القسمة كالعبد عند الامام لان اجارة للدار مثلا فما هى الا انتفاع بعينها وهذا غير

متصور في المشاع حيث لا يمكن التسليم بخلاف بيعه والمراد من الشيوع الشيوع الاصلي لان الطاري لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية عند الامام وعنه يفسدها (الامن الشريك) فانه يجوز مشاعا بالاجماع في ظاهر الرواية عن الامام لان الكل يجتمع على ملكه فلا يلزم الشيوع وعنه لا يجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على قول الامام قيل لا ينعقد حتى لا يجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح (وعندهما تصح) اجارة المشاع (مطلقا) سواء آجر نصيبه شريكه او غيره لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك والحيلة في جواز اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطاري لا يفسدها كما مر و يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما لكن في الخانية وغيرها الفتوى على قول الامام وبه جزم اصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب كما في المنح (وان آجر دارا من رجلين صح اتفاقا) لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك بينهما طار (ويجوز استيجار الظئر) وهي مرضعة (باجر معلوم) والقياس ان لا يصح كاجارة البقرة او الشاة ليشرب لبنها واجارة البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل في الاعصار بلا نكير لانه عقد على منفعة هي تربية الصبي واللبن تابع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واقرب الى الفقه كما في الهداية وهو الصحيح كما في الكافي وقيل عقد على اللبن لانه المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفي العناية كلام فليطالع (وكذا) يجوز استيجارها (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند الامام لان الجهالة هنا لا تفضي الى النزاع لان العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (خلافا لهما) اي قالا لا يجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعي وفي الجامع الصغير ان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وبين ذراعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام عوضا عنها واو بين جنس الطعام ووصفه وقدره جاز ايضا وفي الطعام لا يشترط الاجل (وعليها) اي على الظئر (غسل الصبي وغسل ثيابه) عن البول والغائط لا عن الوسخ (واصلاح طعامه) بالمضغ او الطبخ (ودهنه) بفتح الدال اي جعل الصبي مطلا بالدهن بالضم لان كلا منها عليها عرفا والعرف معتبر فيما لا نص فيه (ولا) يجب على الظئر (ثمن شئ منها) اي من هذه المذكورات (بل هو) اي ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه من الصابون ونحوه (واجرها) اي اجر الظئر (على من نفقته) اي نفقة

للصبي (عليه) سواء كان ودواء غيره ممن تجب عليه نفقته فلو مات من تجب عليه نفقته فعلى الوصي من مال الصبي فلا تبطل الاجارة بموته وقال ابو بكر انها تبطل اذا كان للصبي مال كما في القهستاني وما ذكر محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فبناء على ما هو عرف الكوفة ثم فرعه بقوله (فان ارضعته) اى ان ارضعت الظئر الصبي يعنى اوجرته فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (فى المدة) اى فى مدة الرضاع (بلبن شاة) فى غذ (او غذته) من التغذية (بطعام) ومضت المدة (فلا اجر لها) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة ولهذا لو اوجر الصبي بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون اللبن وهو تابع كما فى العناية وفى المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا او صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة وفى القهستاني فان جحدته الظئر فالاعتبار لبينتها ولبينتهم وان اقام كل بينة فبينتها وهذا اذا شهدوا انها ارضعته بلبن شاة وما ارضعته نفسها فلو اكتفى بالنفى لم تقبل لانها شهادة على النفى بخلاف الاول فان النفى فيها دخل فى ضمن الاثبات كما فى المحيط وفى الغرر بخلاف ما اذا دفعته الى خادمها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر (ولزوجها) اى لزوج الظئر (وطؤها) اذا اراد لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله (لا) وطؤها (فى بيت المستأجر) اذ امنع المستأجر عن الوطئ فيه لانه ملكه فيمنعه فان لم يمنع بل اذن فيه جاز (وله) اى لزوج الظئر (فسخها) اى الاجارة (ان لم تكن) الاجارة (برضاه) سواء كان تشين اجارتها بان كان وجيها بين الناس اولم تشنه فى الاصح لكن ليس على الاطلاق بل (ان كان نكاحه) اى نكاح الزوج (ظاهرا) بين الناس اويكون عليه شهود صيانة لحقه (لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة (ان اقرت) المرأة (به) اى بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير متعدية فى ابطال حق الغير وهو المستأجر (ولاهل الطفل فسخها) اى الاجارة (ان مرضت) الظئر (او حبلت) لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت او حبلت ان خيف عليها وكذا تفسخ اذا تقيأ لبنها او كانت سارقة او فاجرة ثابتا فجورها بخلاف ما اذا كانت كافرة كما فى شرح الكنز وغيره وما فى القهستانى من انه صح استئجار الظئر الكافرة والفاجرة لكن نوى من ارضاع الحمقاء نوع مخالفة الا ان يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها او يراد

صحة الاستيجار فقط وكذا تفسخ اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها ولها ايضا فسخها اذا كانت تتأذى منهم وكذا اذا لم تجر عادة بارضاع ولد غيرها ولا تفسخ بموت اب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال اولم يكن بخلاف موت الصبي او الظئر فانها انتقضت. ولو سافرت هي واهل الصبي تفسخ الاجارة (وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه) اى بنصف الغزل اوثلثه (او) استيجار (حمار ليحمل عليه طعاما) الى بيته (بقفيز منه) اى من الطعام بان جعل القفيز اجرته (او) استيجار (ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه) اى دقيق ذلك البر اما فساد الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض مايخرج من عمله فصار فى معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه رسول الله عليه السلام والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض مايخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد قال ابو المكارم قال قاضيخان يجوز النسج بالثلث اوالربع وبه اخذ الفقيه ابو الليث والامام الحلوانى والامام ابو على النسفى (ويجب اجر المثل فى الكل لا يجاوز المسمى) لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان الاجير فيه ملك النصف فى الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما وبحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر اذ ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وفى المنح إشكال وجواب ان شئت فارجع وفى الهداية بخلاف ما اذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط وعند ابى يوسف لا يجاوز باجرة نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك هذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء كما فى النهاية والعناية وفى التنوير اذا استأجره ليصيد له او يحتطب فان وقت جاز والا لا الا اذا عين الحطب وهو ملكه (وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل ينفع المستأجر لانه لا يعطى الاجر الى الموجر الا بعد تمام العمل والوقت ينفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضى المدة سواء عمل اولم يعمل ولا رجحان فى احدهما فيؤدى الى النزاع ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه احد عادة

(خلافا لهما) اي قال لاجتهد مبادرة ويكون الفوت على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل (ولو قال في اليوم) بكلمة في (صح اتفاقا) لان كلمة في الظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق ولو استأجره الخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر ارضا ان يكربها) من كرب الارض اذا اصلحها بالحراث من باب نصر (و يزرعها او) استأجرها على ان (يسقيها و يزرعها صح) الاستئجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقي (و) ان استأجرها (على ان يثنيها) ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة وهذا شرط لا يقتضيه العقد وسبب الفساد بقاء النفع لرب الارض فتوجد صفقتان في صفقة وهي منهي عنها وان كان المراد كرب الارض مرتين وكانت الارض تخرج الريع بكربها مرة والمدة سنة واحدة فتفسد الاجارة ايضا لما مر وان كانت تخرجه بكربها مرتين لا تفسد لعدم بقاء اثر التثنية وكذا لا تفسد ان كانت المدة في هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة التثنية (او) استأجرها على ان (يكري نهرها) اي يحفر انهارها العظام تفسد الاجارة لبقاء منفعته في العام القابل بخلاف الجداول كما في التبيين (او) على (ان يسرقنها) اي يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب و يقال له السرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد الانقضاء الا اذا كان الريع لا يخرج الا بالسرقين او كانت المدة طويلة (لا يصح) الاستئجار في الكل لما قررناه آنفا (وكذا) لا يصح الاستئجار (للزراعة) اي لزراعة الارض (بزراعة) ارض (اخرى) بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرة بها (وللركوب) اي لا يصح استئجار دابة ليركبها (بركوب) دابة اخرى ليركبها الآخر بمقابلتها (وللسكنى) اي لا يصح استئجار دار ليسكنها (بسكنى) دار اخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها (وللبس) اي لا يصح استئجار ثوب ليلبسه (بلبس) ثوب آخر ليلبسه الاخر بمقابلته و يكون من قبيل بيع الشئ بجنسه نسيئة وذا لا يجوز خلافا للائمة الثلاثة وفي الدرر كلام ان شئت فطالع ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شئ عليه (وان استأجر شريكه او حماره) اي حمار شريكه (لحمل طعام هو) اي الطعام (بينهما لا يلزم الاجر) الذي سماه ولا اجر المثل لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع

بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر وعند الائمة الثلثة تجوز هذه الاجارة و يجب المسمى لانه اوفى المشروط عنه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) اى كما لا يجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه وفى المنح لو استأجر حماما فدخل الآجر مع بعض اصدقائه الحمام فانه لا تجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ولا يسقط شئ من الاجرة لانه ليس بمعلوم (وان استأجر رجل (ارضا ولم يذكر) انه يزرعها اولم يبين (ما يزرعها لا يصح) العقد لان استيجار الارض غير مختص للزراعة وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا بد من التسمية عند العقد والا لا يعلم المعقود عليه فيفضى الى الفساد هذا (ان لم يعمم) الموجر اما ان عمم بان يقول على ان تزرع ما شئت فيصح لوجود الاذن منه (فان زرعها) بلا ذكر الزراعة او ما يزرع فيها (ومضى الاجل عاد) العقد (صحيحا وله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفى القياس لا يعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما فى اكثر الكتب وما فى المنح من انه وعند محمد لا يعود صحيحا وهو القياس مخالف لاكثر الكتب تدبر (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد) اى ما يحمل الناس على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لا يضمن) المستأجر لان العين المستأجر امانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة هذا اذا لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار مع الحمل (مكة) شرفها الله تعالى (فله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة عند العقد استحسانا لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا وفى البزازية تكارى دابة الى فارس فالاجارة فاسدة لان فارس وخراسان وخوارزم والشام وفرغانة وسغد وماوراء النهر وهند والخطاى والدشت والروم واليمن اسم للولاية وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة وجعل شمس الائمة بخارى اسم الولاية ففى كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لا يجاوز عن المسمى وفى كل موضع هو اسم البلد اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله (وان اختصما) اى الموجر والمستأجر (قبل الزرع) فى مسئلة استيجار الارض بلا ذكر الزرع (و) قبل (الحمل) فى مسئلة استيجار الحمار (نقضت الاجارة للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة وبالحمل فى هذا فلو اختصما بعد الزرع او الحمل لا يقضى بنقض العقد لعدم الامكان

بل يبقى على ما كان فلا يندفع الفساد في المسئلة السابقة الا بعض الاجل اوبالاوغ في المسئلة الثانية ولو استاجر دابة ثم عقد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ماركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده هذا عند ابي يوسف وعند محمد يجب الاجر كله وفي التنوير اجارة المنفعة بالمنفعة تجوز اذا اختلفا واذا اتحدالا

(فصل)

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان الحكام بعد الاجارة وهي الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه ان لا يختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فقط فهو مشترك اذا كان لا يمنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره وفي الغرر الاجير المشترك من يعمل لا لواحد او يعمل له غير موقت او موقتا بلا تخصيص وفي القهوري الاجير المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وفي التبيين هذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص واجاب صاحب العناية انه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل لا فلا يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين وذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو الصحيح لكن قوله لان المعقود ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وتمامه فيه فليطالع قال الزيلعي والاوجه ان يقال الاجـ ...

عمل معلوم ببيان محله ليسلم عن النقض و . . .

واردا على منافعه ولا تصير معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع (ولا يستحق) الاجير المشترك (الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) ونحوهما لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر وهو العمل لا يسلم الاجير العوض وهو الاجر (والمتاع في يده) اي في يد الاجير (امانة لا يضمن ان هلك) المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسا سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب اولا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو والمكابر لان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه فلا يكون الحفظ

مقصودا بالذات ولذا لايقابله الاجر لان الاجر فى الاجارة بمقابلة العمل اوالوصف بخلاف المودع باجر لان حفظه مقصود حتى يقابله الاجر (وان) وصلية (شرط) عليه (ضمانه) لانه شرط لايقتضيه العقد ر به) اى بعدم الضمان (يفتى) وفى الخانية والفتوى على قول الامام وفى المنح وقدجعل الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات وبه جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب (وعندهما) وعند مالك والشافعى فى قول (يضمن ان امكن التحرز منه) اى من الهلاك (كالغصب والسرقة بخلاف مالايمكن) التحرز عنه (كالموت) حتف انفه (والحريق الغالب والعدو والمكابر) لكونه سببا لصيانة اموال الناس وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملا بالقولين وفى شرح المجمع نقلا عن المحيط الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة لايضمن اتفاقا (ويضمن ما) اى الذى (تلف بعمله) اى بعمل الاجير المشترك (اتفاقا كتخريق الثوب من دقه) اى دق القصار (وزلق الحمال) اذا لم يكن من مزاحمة الناس كما فى الاصلاح فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى (وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى) الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحبل (وغرق السفينة من مدها) وفيه اشارة الى ان السفينة لوغرقت من موج اوريح اونحوهما لم يضمن كما فى القهستانى وقال زفر والشافعى لايضمن لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب وانا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغى ان يكون المراد بقوله ماتلف بعمله عملا جاز فيه القدر المعتاد على ما يأتى فى الحجام اوعملا لايعتاد فيه المقدار المعلوم لكن ما فى المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قال وان هلك بفعله بان تخرق بدقه اوعصره يضمن عندنا بخلاف البزاغ والحجام فان البزاغ ونحوه لايضمن ماهلك بفعله اذا لم يجاوز المعتاد ومعناه ان الاجير المشترك يضمن ماهلك بفعله تجاوز المعتاد اولا تدبر (لكن لايضمن به) اى بغرق السفينة (الادمى) من مدها (ممن غرق فى السفينة اوسقط من الدابة) وان كان بسوقه اوقوده لان ضمان الآدمى لايجب بالعقد بل بالجناية ومايجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لايتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه قيل هذا الكلام اذا كان ممن يستمسك على الدابة وركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق فيه (ولايضمن فصاد ولا بزاغ لم يجاوز المعتاد) فانه لايجب الضمان اذا سرى الى النفس لانه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت الا ان يجاوز الموضع المعتاد لان

ذلك غير مأذون وهو قيمتين الزائد هذا كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف
الدية حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد
هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف
الدية لان النفس تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن نصف الدية وهو من
اغرب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك وتفصيله في المنح فليطالع
سئل صاحب المحيط عن فصاد جاء الى الغلام وقال افصدني ففصده فصدا
معتادا فمات من ذلك الفصد قال يضمن الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة
الفصاد لانه خطأ وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد وسئل عن
رجل فصد نائما وتركه حتى مات في سيلان الدم قال يجب عليه القصاص كما في
الفصول العمادية (ولو انكسر دن في طريق الفرات) ذكر الفرات للشهرة
بالوفرة والزيادة بلا افادة (فللمالك ان يضمنه) اى الحمال (قيمته) اى قيمة
الدن التي تقوم (في مكان حمله ولا اجر له او) ضمن قيمته (في مكان كسره وله)
اى الحمال (الاجر بحسابه) اما الضمان فلان السقوط بالعثار او بانقطاع حبل
وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء
واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء
الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين
شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه
ما استوفى اصلا كما في الهداية (و) ثاني النوعين (الاجير الخاص) وهو
(من يعمل لواحد) قيد صاحب الدرر بقوله عملا موقتا بالتخصيص وقال فوائد
القيود عرفت مما سبق (ويسمى اجير وحد) ايضا (ويستحق) الاجير
الخاص (الاجر بتسليم نفسه) اى اجر (مدته) اى المقدرة سواء عمل او لم يعمل
مع التمكن بالاجماع (كمن استؤجر للخدمة) المراد منه (سنة او لرعي الغنم)
لهذا المستأجر دون غيره لان العقد ورد على منافعه وذكر العمل لصرف
المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كالوقاع عبدا من رجل حيث لا يملك
بعد من آخر وفي شرح الوافي واعلم انه ان استأجره لرعي غنمه بدرهم شهرا
فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا يرعى غنم غيري فح يصير اجير وحد وان استأجره
لرعي غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول ويرعى غنم غيري وفي
الذخيرة وان استأجره يوما يعمل في الصحراء فمطرت السماء بعد ما خرج الاجير
الى الصحراء لا اجر له لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان
يفتي المرغيناني كما في القهستاني وفي المنح وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر من
النصف فله الاجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئا لان المعقود عليه هو تسليم

نفسه وقد وجد وليس للراعي ان ينزو على شيء منها بغير اذن صاحبها
لان الانزاء جناية عليها فان فعل فعطبت ضمن وان كان الفحل نزا عليها فعطبت
فلا ضمان عليه لانه بغير فعله كما في الجوهرة وفي العمادية ثم الراعي اذا كان اجيرا
وحد فات من الاغنام واحدة حتى لا يضمن لا ينقص من الاجر بحسابها
لان الغنم لو ماتت كلها لا ينقص من الاجر شيء انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة
مادام يرعى منها شيئا كما لا يخفى (ولا يضمن) الاجير الخاص (ما تلف في يده)
بان يسرق منه او غاب او غصب (او بعمله) لان العين امانة في يده بالاتفاق
لانه لا يتقبل الاعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير في الحفظ بخلاف
الاجير المشترك المأذون كانكسار القدوم او تخرق الثوب عند العمل اذا لم يتعمد
الفساد لانه يتقبل الاعمال الكثيرة من الخلق طمعا في الاجر فيعجز عن القيام فيجب
عليه الضمان عندهما استحسانا لصيانة اموال الناس كما مر وفي المنح الراعي
اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التمييز لا يضمن ويكون القول
قوله في تعيين الدواب انها لفلان وان كان خلطا لا يمكن التمييز يكون ضامنا
قيمتها والقول في مقدار القيمة قول الراعي وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط
فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعي بذلك
ضمن الراعي ولا ضمان على المدفوع اليه ولا يقبل قول الراعي على المدفوع اليه
ان كان الراعي اقر وقت الدفع انها للمدفوع اليه ولو ندت بقرة من الباقورة فخاف
البقار انه لو تبعها يضيع الباقي كان في سعة من ان لا يتبعها ولا ضمان عليه بالاتفاق
ان كان الراعي خاصا وان مشتركا فكذلك عند الامام وعندهما يضمن وفي
الثور استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب لا يضمن
وفي الجواهر بقار ترك البقور مع صبي لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقي بآفة
فان كان للصبي قدرة الحفظ لم يضمن والا يضمن ولو جاء البقار ليلا وزعم انه رد
البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام في قرى
الجبانة قد عطبت قالوا ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور في القرية
ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة في منزل صاحبها كان القول قول البقار مع
يمينه انه ادخل البقرة في القرية فلا ضمان عليه (وصح ترديد الاجر) اي جعله
مترددا (بين نفعين مختلفين وايهما وجد لزم ما سمي له نحو) لو قال للخياط
(ان خطته فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين) فاي عمل من هذين العملين عمل
يستحق المسمى هذا عند الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر
قد يجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهل وعند زفر والائمة الثلاثة لا يجوز
للجهالة المعقود عليه للحال (و) كذا لو قال للصباغ (ان صبغته بعصفر

فبدرهم وبزعفران فبدرهمين) هذا عند الكل الامر (و) كذا لوقال للمستأجر (ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم فى الشهر او) ان سكنت (فى هذه الدار (فبدرهمين و) كذا لوقال (ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او) ان ركبتها (الى واسط فبدرهمين) قيل فيه احتمال الخلاف لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون قول الكل اوقول الامام خاصة (وكذا يصح اوردد بين ثلثة) اشياء بان قال ان خطته فارسيا اوروميا اوتركيا (لا) يصح (بين اربعة اشياء) كما فى البيع والجامع دفع الحاجة غير انه يشترط خيار التعيين وفى البيع دون الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول (ولوقال) للخياط (ان خطته اليوم فبدرهم او) ان خطته (غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل) لكن (لا يجاوز) اجر المثل (نصف درهم) لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى هى الصحيحة وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هذا عند الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل عليه هنا نقص الاجر لو اخر العمل الى الغد فبقى فى اليوم الثانى تسميتان احديهما درهم والاخرى نصف والتسميتان فى عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل كما لو قال خطه اليوم بدرهم اونصفه فلا يكون ذكر اليوم للتاقيت اذ لو كان للتاقيت يفسد العقد ان لاجتماع الوقت والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا خاصا وانه لا يجوز وكذا لا يكون ذكر الغد لاترفيه بل يكون للتعليق فيجوز فى الاول دون الثانى على ما مر وفى اكثر الكتب ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز ه نصف درهم عند الامام واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه (وقالا الشرطان جائزان) حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدا فله نصف درهم لان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فوجدت فى كل واحد من وقتين التسمية مقصودة فصارا عقدين كاختلاف فى النوعين كالرومية والفارسية وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الائمة الثلاثة لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه والتوسيع فيجتمع فى كل يوم تسميتان (ولوقال ان سكنت) بالتشديد من باب التفعيل ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثى فعلى هذا يكون قوله عطارا او حدادا حالا ويكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك عطارا اوحال كونك حدادا (هذا الحانوت عطارا فبدرهم او) سكنت (حدادا فبدرهمين جاز) عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة فى العمل ترتفع عند المباشرة

(خلافا لهما) اى قالا لايجوز لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولايدرى ايهما يجب فلا يجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (لو قال ان ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها) اى الحيرة منتهيا (الى القادسية فبدرهمين اوقال ان حملت عليها الى الحيرة كرشعير فبدرهم وان حملت كر بر فبدرهمين) فالعقد جائز فيهما عند الامام لما مر انه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لايجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة لان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (ولا) يجوز ان (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه) اى بلا اشتراط السفر لان فى خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق وعليه عرف الناس فانصرف الى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لايتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه الا اذا شرط ذلك اوكان وقت الاجارة متهيأ السفر وعرف بذلك فيجوز ولو سافر المستأجر بالعبد المستأجر ضمن قيمته لمالكه اذا هلك لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الاجر والضمان لايجتمعان (ولو استأجر عبدا محجورا فعمل) العبد (واخذ الاجر لايسترده منه) اى لايسترد المستأجر مادفعه اليه لعمله من العبد المحجور لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة ووجوب الاجر له والقياس ان يسترده لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة وفى شرح الكنز للعينى وعليه اجر المثل وكذا الحكم فى الصبى المحجور عليه اذا اجر نفسه فالاجر له ولو اعتقه المولى فى نصف المدت نفذت الاجارة ولاخيار للعبد فاجر مامضى للسيد واجر مايستقبل للعبد وان آجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر مامضى للمولى وان اجاز فاجر مايستقبل للعبد والقبض للمولى واذا هلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال تجب عليه قيمته ولايجب عليه الاجر (ولو آجر العبد المغصوب نفسه) لاخر (فاكل غاصبه) اى العبد اجره (لايضمنه) اى لايضمن الغاصب مااخذ من الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لايحرز نفسه فكيف يحرز مافى يده كما لو آجره الغاصب فاخذ اجره فاتلف حيث لاضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه اوتصدقه وهو اولى لتطرق خبث فيه (خلافا لهما) اى قالا يضمن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على مامر فيكون

الاجر راجعا الى مولاه (وماوجده) من الاجر (سيده اخذه) فى يد العبد وغيره بالاتفاق لانه عين ماله ولايلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وقبض العبد اجره) من المستأجر (صحيح) بالاجماع لانه المباشر للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد (ولو آجر) رجل (عبده) هذين الشهرين آخر (شهرا باربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم من غير تعيين منهما (صح) العقد على الترتيب المذكور (والاول باربعة) لانه لما قال شهرا باربعة ينصرف الى مايلى العقد تحريا بالجواز فينصرف الثانى الى مايلى الاول ضرورة (ولو استأجر عبدا فابق اومرض) يعنى اذا استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض اوآبق واختلفا (فادعى) المستأجر (وجوده) اى وجود المرض اوالاباق (اول المدة و) ادعى (المولى وجوده قبل الاجار بساعة حكم الحال) اى يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر وعن هذا قال (فان كان) العبد (حاضرا) وقت الدعوى فى صورت الاباق (وصحيحا) فى صورة المرض (صدق) المولى ويحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب الاجر (والا) اى وان لم يكن حاضرا اوصحيحا وقت الدعوى (فالمستأجر) اى يصدق المستأجر ويحكم بان مرض العبد اواباقه من اول المدة (وكذا الاختلاف فى انقطاع ماء الرحى وجريانه) اى وكذا لوقال المالك ماء الطاحونة كان جاريا فى المدة وقال المستأجر لم يكن جاريا فيها فالقول للمالك ان كان جاريا والا فللمستأجر وفى الخلاصة رجل استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الاجر بحسابه وان لم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة وان اختلفا فى نفس الانقطاع يحكم الحال (ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصانع امرتنى بما صبغت صدق رب الثوب) لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان اعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه الا يرى لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته (وكذا الاختلاف فى القميص والقباء) بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا فالقول لرب الثوب ايضا مع يمينه (فان حلف رب الثوب ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول) اى صاحب الثوب بعد الحلف مخير ان شاء ضمنه قيمة ثوب غير معمول (ولا اجر له اواخذ الثوب واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى) على مابينا من قبل وعن محمد انه يضمن له مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابى ليلى القول قول الصانع (وان قال رب الثوب

عملت لى بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب الثوب) لانه ينكر تقوم عمل الصانع لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عند الامام فى القياس وعند الشافعى فى قول واحد القول للصانع (وعند ابى يوسف) القول (للصانع ان كان حريفا) اى معاملا له بان سبق بينهما اخذ واعطاء يلزمه له الاجر لان ما سبق من المعاملة يدل على انه يعمل باجر فقام ذلك مقام الاشتراط فى الاستحسان (وعند محمد) القول (للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر) لانه فتح الحانوت لاجل الاجر جرى ذلك مجرى التنصيص على اعتبار الظاهر فى الاستحسان فجواب الامام عن استحسانهما ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وهنا تحتاج الى استحقاق الاجر والفتوى على قول محمد كما فى التبيين وغيره

(باب فسخ الاجارة)

وجه التأخير عما قبله ظ اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة (تفسخ الاجارة بعيب فوت) صفة عيب (النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او ماء (الرحى) فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ وفى الهداية ومن اصحابنا من قال بان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق فى العبد وعن محمد ان الآجر لو بناها اى بعد الخراب ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لا ينفسخ لكنه اى العقد يفسخ وهو الاصح ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه وفى التبيين فاذا استوفاه لزمته حصته وفى الولوالجى رجل استأجر ارضا ليزرعها فزرعها ولم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمسئلة على وجهين اما ان يستأجرها بشربها او بغير شربها ففى الوجه الاول سقط عنه الاجر لفوات التمكن من الانتفاع وفى الوجه الثانى ان انقطع ماء الزرع على وجه لا يرجى فله الخيار وان انقطع قليلا قليلا ويرجى منه السقى فالاجر عليه واجب ولو لم ينقطع الماء لكن سال الماء عليها حتى لا تتهيأ به الزراعة فلا اجر عليه لانه عجز عن الانتفاع به وصار كما اذا غصبه غاصب وفى الخانية رجل استأجر ارضا فانقطع الماء قال ان كانت الارض تسقى من ماء الانهار لا شئ على المستأجر وكذا اذا كانت بماء السماء فانقطع المطر (او اخل) عطف على قوله فوت (به) اى بالنفع يعنى العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد او دبر الدابة) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث فى ظهرها من ثقل الرحل فان الاجارة تفسخ به ايضا

وفي شرح الوقاية لابن الشيخ ولا حاجة الى القضاء ولا الى الرضاء في الفسخ بعيب لفوات النفع تأمم ويحتاج الى القضاء اوالرضاء بالعيب الذي يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع على وجه يتصور عوده (فلو انتفع) المستأجر (به) اى بالمستأجر (معيبا) ورضي بالعيب (اوازال الموجر عيبه سقط خياره) اى خيار المستأجر لحصول الرضى والتمكين من الانتفاع فيجب عليه اجرة كاملا وفي المنح وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وماكان من البناء على رب الدار فان ابى صاحبها كان للمستأجر ان يخرج من الدار الا ان يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد رآها لرضائه بالعيب واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار بلاجبر عليه لانه لايجبر على اصلاح ملكه فان فعل ماذكر من الاصلاح المستاجر فهو متبرع فيه فليس له ان يحبسه من الاجرة وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا خلافا للشافعي (وتفسخ) الاجارة (بالعذر) عندنا لان المعقود عليه في الاجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع خلافا للشافعي لان العقد في الاجارة واقع على الاعيان لكون المنافع عنزلتها عنده فتكون الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب وبه قال مالك واحمد وابو ثور (وهو) اى العذر (العجز عن المضي على موجب العقد الابتحمل ضرر غير مستحق به) اى بعقد الاجارة (كقلع سن سكن وجعه) اى السن (بعدما استوجر له) اى لقلع السن فان العقد ان بقي لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وطبخ اولية ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها) اى لوليتها (او) طبخ اولية (اختلعت) عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها فان العقدان بقي تضرر المستأجر باتلاف ماله في غير الوليمة (وكذا) تفسخ (اواستأجر دكانا يتجر فيه فذهب ماله) اى مال المستأجر وافلس (اوآجر شيئا فلزمه) اى الموجر (دين لايجد قضاءه) اى قضاء دينه (الامن ثمن ماآجره) من دار اودكان (ولو) وصلية (باقراره) اى ولو كان الدين باقرار الموجر لانه اوبقي العقد يلزمه الحبس لاجله حيث لايقدر مالاسواه وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وفيه اشارة الى انه لوكان له مال غيره لاتفسخ (اواستأجر عبدا للخدمة في المصر اومطلقا) اى بلاتقييد بالمصر (فسافر) المستأجر فانه يثبت حق الفسخ لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر عن السفر ضرر لم يستحق بالعقد ولو اكتفى بقوله مطلقا لكان اخصر واشمل للمصر وغيره تدبر (اواكترى دابة للسفر ثم بدا له منه) اى ظهر للمستأجر مايوجب المنع من السفر

لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته اوطلب غريمه فحضر اوالتجارة فافتقر وغير ذلك فانه يثبت له حق الفسخ لانه اومضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد (واو بدا للمكارى منه) اى ولوظهرله (ما يوجب المنع) من السفر (فليس بعذر) لانه لايلزمه ضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث تلميذا اواجيرا (واومرض) المكارى (فهو عذر فى رواية الكرخى) لانه لايعرى عن ضرر لان غيره لايشفق على دابته مثله وهو لايمكنه الخروج بخلاف ما اذالم يمرض (دون رواية الاصل) لماذكرنا وفى القهستانى الفتوى على الرواية الاولى فلهذا اختار المص فقدمها (ولواستأجر خياط يعمل لنفسه) لالغيره (عبدا يخيط له) اى الخياط (فافلس) الخياط (فهو عذر) لانه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله (بخلاف خياط يخيط بالاجر) فانه ليس بعذر لان رأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلايتحقق الافلاس فيه (وبخلاف تركه) اى الخياط (الخياطة ليعمل فى الصرف) حيث لايكون عذرا لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية من الدكان وهو يعمل فى الصرف فى ناحية (وبخلاف بيع ما آجره) فان هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لامكان استيفاء المستأجر والعين على ملك المشترى كما يستوفيها والعين على ملك البايع كما فى الشمنى وقال ابو المكارم وهل يجوز البيع اختلفت الروايات فيه فى الكفاية قال الامام السرخسى الصحيح ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع وهو اختيار صدر الشهيد وفى الخانية هو اصح الروايات وفى الجامع الصغير كل ماذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضى وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع فى الهبة قال السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخت والايفسخها الحاكم قال قاضيخان والمحبوبى وهو الاصح (ولواستأجر دكانا لعمل الخياطة فتركه) اى عمل الخياطة (لعمل آخر فعذر) تفسخ به الاجارة لان الواحد لايمكنه الجمع بين العملين بخلاف ما استأجر الخياط عبدا يخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمة شخصان فامكنهما كما فى الهداية وفى الفرائد وفيه بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الاخر فيه مكان عمل الخياطة فلايلزم الجمع بين العملين انتهى لكن يمكن ان يجاب بان المكان الذى تعمل فيه الخياطة لايمكن ان يعمل فيه عمل آخر فى اكثر البلاد عادة فيلزم العذر (وكذا لواستأجر عقارا ثم اراد السفر) فهو عذر لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر اوالزام الاجر بدون

الاجماع بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لاضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبة المؤجر (ويفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احد العاقدين) اى احد من الآجر والمستأجر وعند الائمة الثلاثة لايبطل بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينقض (عاقدها لنفسه) حال من احد اى حال كون احد العاقدين قد عقدها لنفسه اوصفة لعدم تعرفه بالاضافة على طريقة قوله ولقد امر على اللئيم يسبني لان المعرف بلام العهد الذهنى وما اضيف اليه فى حكم النكرة (فان عقدها) اى الاجارة (لغيره فلا) تنفسخ الاجارة بموته (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصى) وكذا الاب والقاضى يعقدها لمحجوره (ومتولى الوقف) يعقدها للوقف لان المؤجر والمستأجر باقيان فلا يلزم ما مر من عدم الجواز لانعدام الانتقال حتى لو مات المعقود عليه بطلت ولو مات احد المستأجرين اواحد المؤجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وبقيت فى نصيب الآخر وقال زفر تبطل فى نصيب الحى ايضا لانها اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط فى ابتداء العقد لا فى بقائه

(مسائل منثورة)

اى هذه مسائل متفرقة على ابواب الاجارة قد تداركها وجمعها فى آخر الكتاب (واذا احرق) المستأجر (حصائد ارض مستأجرة او مستعارة) وهى جمع حصيدة وهى ما يحصد من الزرع والنبت والمراد هنا ما بقى من اصول القصب المحصود فى الارض (فاحترق) بسببه (شئ فى ارض غيره لم يضمن) لانه غير متعد فى التسبيب فلم يوجد شرط الضمان لان فعله وقع فى ملك نفسه كمن حفر بئرا فى داره فوقع انسان لاضمان عليه (ان كانت الريح هادئة) حين اوقد النار ثم تحركت لانه لاصنع له والهادئة من هدأ بالهمزة اى سكن وفى بعض النسخ هادنة من هدن اى سكن (وان كانت) الريح (مضطربة ضمن) لانه قد فعل مع علمه بعاقبته فافضى اليها فجعل كمباشر وهذا القول الذى ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى اكثر المعتبرات وفى التنوير بنى المستأجر تنورا اودكانا فى الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران اوالدار لاضمان عليه مطلقا اى سواء بنى باذن صاحب الدار اولا الا ان يجاوز ما يصنعه الناس وفى التبيين اووضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لايضمن لان الريح نسخت فعله واذا اخرج الحداد الحديد من الكور فى دكانه فوضعه

على العلاة وضرب به بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامل واحرق شيئا ضمن وان لم يضرب به ولكن اخرج الريح شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لا يحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن (ولو اقعد خياط اوصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) هذا الفعل لان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولا يكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول لكنه جاز استحسانا لان احدهما يقبل العمل بالوجاهة والآخر يعمل بالحذاقة فبذلك تنتظم المصلحة ولا تضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل لان تخصيص العمل باحدهما لا يدل على نفى العمل عن الآخر فاذا تقبل احدهما العمل والآخر يعمل يجوز كما يجوز فى شركة الصنائع والتقبل لعدم الجهالة المفضية الى النزاع قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وقال العينى فى شرح الكنز وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس شئ فى هذه من بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى لكن يمكن بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ويمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليبا لجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سببا تأمل (وكذا) صح (لو استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين) يقعد ان فيه (الى مكة) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ومافيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد فلهذا قال (وله) اى المستأجر (المحمل المعتاد) بين الناس والقياس ان لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعى (وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود) لانه اقرب لحصول الرضى (وان استأجره) اى الجمل (لحمل زاد فاكل) المستأجر (منه) اى من الزاد فى الطريق (فله) اى للمستأجر (رد عوضه) اى عوض ما اكل لان المستحق عليه حمل معلوم فى جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعى فى الاظهر لا يرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو شرط عدمه لا يصح بالاجماع (ولو قال لغاصب داره فرغها) اى الدار (والا) اى وان لم تفرغ (فاجرها كل شهر كذا فلم يفرغ) الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها اياما (فعليه) اى الغاصب (المسمى) اى الذى سماه له المالك من الاجر لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ (فان جحد الغاصب ملكه) اى كون الدار ملك من يدعيها (او لم يجحد لكن قال (لا اريدها) اى الدار (بالاجرة فلا) عليه المسمى لانه حينئذ لا يكون ملتزما بالاجارة (وان)

وصايه (يرهن) السدتى (على ملكه بعد هده) اى بعد هد العاصب لان الاشتباه بعد دلك لاتعيد فى حق الاجارة وكذا لايلزم علته الاجر اذا اقر المالك له لكن قال له لا ارتد بالاقرار الاجر لعدم رضائه صريحا بالاجارة (ومن آجر ما استأجره باكثر) من الاجر الاول (يتصدق بالفضل) لانه ربح مالم يضمن وعند الشافعى اطيب له الفضل هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى لانه لولم يكن من جنسها طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوى كما فى شرح المجمع قال المولى خسرو جاز للمستأجر ان يوجر الاجر من موجره ولا يجوز ان يوجره لمؤجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك وفى المنح تفصيل فليراجع وفى الغرر وكيله لاستيجار دار فعمل وقبض الوكيل ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب الآمر وابى ليعجل لايرجع (وتصح الاجارة) حال كونها (مضافة) الى زمان فى المستقبل بان قال مثلا اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا الى سنة هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها يتجدد بحسب ما يحدث من المنفعة على ما عرف فوقوع المقصد اولى بالجواز خلافا للشافعى لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين (وكذا) يصح (فسخها) اى فسخ الاجارة كما اذا قال فسخت هذا هذه الاجارة رأس الشهر الاتى ولوقال اذا جاء رأسه فقد فسخت لم يجز وقال السرخسى جاز والفتوى على الاول وفى العمادى انه لايصح اجماعا (وكذا) تصح (المزارعة والمعاملة) اى المساقاة ايضا بالاضافة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض او الاشجار للزراعة او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لان كلا منهما اجارة (و) كذا (المضاربة) كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعدما ضارب بالعشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا بعد صيرورتها عشرين درهما (والوكالة) كما اذا قال بع عبدى غدا فانه يصير وكيلا لا يصح تصرفه الا بعد الغد واختلف فى العزل فقيل وصح الرجوع اجماعا بشرط علم الوكيل لانهما من باب الاطلاق كالطلاق والعتق والوقف (والكفالة) بان قال ماذاب لك على فلان فعلى لانها التزام المال ابتداء فصورة اضافتها (والايصاء) اى جعل الغير وصيا بان قال اذا مت فانت وصيى فيها احلف اذ الايصاء لايتصور فى الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة (والوصية) بان قال ثلث مالى لفلان لانها تمليك بعده (والقضاء والامارة) كما شاء فى القضاء (والطلاق) بان قال لامرأته ان قدم فلان فانت طالق لا تطلق

حتى يجئ (والعتق) بان قال لعبده انت حر اذا جاء رأس الشهر (والوقف) كما اذا قال ارضى هذه موقوفة غدا وفى القهستانى وتصح العارية والاذن فى التجارة مضافين كما فى العمادى وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منهما وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما فى النهاية وينبغى ان لا يصح فسخ كل منهما غير الاجارة مضافا انتهى (لا) يصح كل واحد (من البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) حال كونه مضافا الى زمان فى المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وفى التنوير فسخ العقد بعد تعجيل البدل فلا يجعل حبس البدل حتى يستوفى مال البدل كما فى التبيين استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط المستأجر فاسدا اذا اجاز صحيحا جازت وقيل لا وفى الغرر المستأجر لا يكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء بخلاف المشترى

(كتاب المكاتب)

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى قولنا بمقابلة ماليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال فان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة قيل الانسب ان يذكر عقيب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا لكن لانم ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب الاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات كما فى العناية لكن فى حاشية المولى سعدى كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء واصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا خرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة اولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا اولان كلا منهما يكتب الوثيقة (الكتابة) فى اللغة مصدر كتب وفى الشرع (تحرير المملوك يدا) اى من جهة اليد (فى الحال ورقبة) اى من جهة الرقبة (فى المآل) اى فى المستقبل لان المكاتب لا يتحرر رقبة الا اذا ادى بدل الكتابة واما فى الحال فهو حر من جهة

العبد فقط حتى يكون احق بكسبه ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه او على ماله ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه من مولاه والفاظها كاتبتك على كذا او ما يقوم مقامه (فمن كاتب مملوكه ولو) وصلية (صغيرا يعقل) قيده لانه اذا لم يعقل العقد لا يجوز اتفاقا لانه ليس باهل له ولى والعقد موقوف عليه (بمال حال) بان يؤدي البدل عقيب العقد (او) بمال (مؤجل) بان يؤدي كله في مدة معلومة (او) بمال (منجم) بان يؤدي في كل شهر مقدارا معلوما من البدل الاولى بالواو كما في النهاية حيث قال وكون بدلها منجما ومؤجلا ليس بشرط عندنا تدبر (فقبل) المملوك ذلك (صح) العقد عندنا لاطلاق قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية فتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه فاشبه الثمن في عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم القدرة كاف هنا كما في البيع وقيل يمكن ان يستقرض فيقدر على الاداء ولو كان مديونا للغير وقال الشافعي لا يجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف وكذا لا يجوز عنده الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد لكن قيد التأجيل زيادة على النص فرد كما في سائر المعاوضات والامر في هذه الآية ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية فمتعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله تعالى عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع خلافا للشافعي ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع كما في الهداية وقال الشافعي يجب عليه حط ربع البدل (وكذا لو قال) المولى (جعلت عليك الفا تؤديه

نجوما) اى متفرقا على النجم (اولها) اى اول النجوم (كذا) من الدرهم (وآخرها كذا) منها (فاذا اديته) اى الالف (فانت حر وان عجزت فقن) اى فانت قن عـلى حالك (فقبل) العبد ذلك صح (العقد) وصار مكاتبا والقياس ان لا يجوز لان فيه تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعقد به قيل قوله جعلت عليك يحتمل عقد الكتابة ويحتمل الضريبة عـلى العبد فلا تتعين جهة الكتابة الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت فقن حثا للعبد على الاداء (ولو قال) المولى (اذا اديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق) يعنى يكون اعتاقا بالمال لا بالمكاتبة فى رواية ابى حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون مكاتبا (وقيل مكاتبة) وهو رواية ابى سليمن لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب (عن يد المولى) لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر (دون ملكه) اى لا يخرج من ملك المولى لما رويناه ثم فرع عليه بقوله (فان اتلف) المولى (ماله) اى مال المكاتب (ضمنه) اى ضمن المولى ما اتلفه لكونه اجنبيا فى مال كسبه (وكذا) ضمنه (ان وطئ المولى المكاتبة) اى يغرم العقر لانها تخرج بعقد الكتابة من يد المولى فصار كالاجنبى فى حق نفسها (او جنى) المولى (عليها) اى عـلى المكاتبة (او عـلى ولدها) اى يغرم المولى ارش الجناية لها ولولدها لكونه اجنبيا فى حقها وولدها (وان كاتبه) اى ان كاتب المولى عبده (على قيمته) بان قال كاتبتك على قيمتك (فسدت) الكتابة لان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب عـلى ثوب اودابة ولان الكتابة عـلى القيمة تنصيص عـلى ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة (فان اداها) اى القيمة (عتق) العبد لكونها بدلا معنى (وكذا) تفسد الكتابة (او كاتبه عـلى عين لغيره) بان قال كاتبتك عـلى هذا العبد وهو مملوك لغيره (يتعين) صفة عين (بالتعيين) كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين فى ظاهر الرواية لعدم القدرة على تسليم ملك الغير وعن الامام يجوز ان قدر عـلى تسليمها بان يملكها وفيه اشارة الى انه لو كاتب على دراهم اودنانير بعينها وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات

فيبقى بدراهم دين في الذمة لا بدراهم الغير فيجوز (او على مائة دينار وبرد السيد (عليه) اى العبد (عبدا غير معين) اى او كاتبه على مائة دينار على ان رده سيده عبدا بغير عينه بان قال ادّ الى مائة دينار على ان تأخذ منى عبدا بغير ان عينه فانت حر فالكتابة فاسدة عند الطرفين بناء على ان استثناء العبد من المائة لا يصح لانعدام شرطه وهو المجانسة وانما يصح استثناء قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها (وعند ابي يوسف تجوز) الكتابة (وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد) اى حصته (والباقى) من المائة بعد حصته (بدل الكتابة) يعنى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء خمسين ويسقط خمسون لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على عبد فكذا يجوز استثناؤه هذا في عبد غير معين حتى لو شرط ان يرد عبدا معينا صح اتفاقا (وان كاتب المسلم) عبده (بخمر او خنزير فسد) العقد سواء كان العبد مسلما او كافرا لانهما ليسا بمال فلا يصلحان للعوض في عقد المعاوضة وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما لان اسلام احد الطرفين يمنع صحة العقد (فان اداه) اى ان ادى المكاتب الخمر او الخنزير (عتق) العبد (ولزمه قيمة نفسه) هذا في ظاهر الرواية سواء اتى بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر او لم يأت به لانهما مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن الطرفين انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها الى فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط (والكتابة على ميتة او دم باطلة) لانهما ليسا بمال اصلا عند احد (ولا يعتق باداء المسمى) لعدم انعقاد الكتابة ببطلانها فلا يلزم على المكاتب شئ وفي الاختيار ولو علق العتق باداتهما عتق بالاداء لوجود الشرط (وتجب القيمة) اى قيمة العبد (في) الكتابة (الفاسدة) لان الواجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته بالغة ما بلغت لان المولى لم يرض بالنقصان والعبد رضى بالزيادة لئلا يبطل حقه في العتق لان عتقه اولى له من الرقبة الى آخر عمره وعن هذا قال (ولا تنقص) القيمة (عن المسمى) لما مر ان المولى لم يرض بالنقصان (وتزاد) القيمة (عليه) اى على المسمى ان كانت زائدة عليه فيسعى في قيمة نفسه) بالغة ما بلغت لما مر قيل هذه المسئلة متعلقة بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة في الفاسدة هو قيمة المكاتب وقيل هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بما قبلها

الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الف لاتنقص وان زائدة زيدت عليه وقبل هذه مسئلة لها نوع تعلق بماقبلها غير مختصة لان القيمة فى الكتابة الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة عن المسمى لاتنقص منه وان زائدة زيدت عليه (وصحت) الكتابة (على حيوان ذكر جنسه فقط) كالعبد والفرس (لا وصفه) كالجيد والردى ولابد للص ان يذكر النوع بان يقول ولانوعه كما فى اكثر المعتبرات لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركى والهندى جائزة لانهامبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال ان العبد مال فى حق المولى ومبادلة مال بماليس بمال من حيث ان العبد ليس بمال فى حق نفسه فتقع الكتابة بين الجواز والفساد فحمل على الجواز فالجهالة بعد ذكر الجنس لاتضر لكونها يسيرة لان مبناها على المسامحة وقال الشافعى لايجوزهذا العقد للجهالة (ولزم) المكاتب (الوسط) اى الحيوان الوسط (اوقيمته) اى قيمة الوسط لان كل واحد اصل من وجه فالعين اصل تسمية والقيمة اصل ايضا لان الوسط لايعلم الابها فاستويا فيخير ويجبر المولى على قبول ماادى (وصح كتابة الكافر عبده الكافر بخمر مقدر) لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ماقاله صاحب القاموس انه قد يذكر (واى) من السيد وعبده (اسلم فللسيد قيمتها) اى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد (باداء عينها) اى الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعلق العتق باداء الخمر اذهى المذكورة فى العقد كما فى الرمز وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لوادى الخمر لايعتق ولوادى القيمة يعتق وفى الغرر وصحت على خدمة شهر للمولى اوغيره اوحفر بئر او بناء دار اذا بين قدر المعمول والاجر بما يرفع النزاع ولاتفسد الكتابة بشرط الا ان يكون فى صلب العقد

(باب تصرف المكاتب)

(له) اى للمكاتب (ان يبيع ويشترى ويسافر) لانه لايقدر على تحصيل البدل الابها وقوله (وان) وصلية (شرط عدمه) اى عدم سفر المكاتب متصل بماقبله اى له ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لايخرج من البلد استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعى فى قول لايسافر الاباذنه وهو القياس (ويزوج امته) اى للمكاتب ان يزوج امته بالاجماع لما مر انه

من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها (و) له (ان يكاتب عبده) او امته ايضا لكونها اكتسابا باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا في العقد كالبيع بل هو انفع منه لان الكتابة لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل والبيع يزيل قبل وصوله وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس وبه قال الشافعي واحمد لان المآل هو العتق والمكاتب ليس من اهله (فان ادى) المكاتب الثاني الكتابة (بعد عتق) المكاتب (الاول فولاؤه) اى المكاتب الثاني (له) اى المكاتب الاول لانه صار اهلا بعد العتق (وان) ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة (قبله) اى قبل عتق المكاتب الاول (فللسيد) اى ولاء المكاتب الثاني لسيد المكاتب الاول لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا لعدم اهلية الاعتاق فجعلناه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره واو اديا معا فولاؤهما للمولى لكونه اصلا (وليس له) اى للمكاتب (ان يتزوج بلا اذن) من المولى لانه ليس من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ويجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز (ولا) ان (يهب) لانها تبرع (ولو) وصلية (بعوض) لانها تبرع ابتداء (ولا يتصدق) لانه تبرع ايضا (الا بيسير) منهما لانهما من ضرورات التجارة (ولا يكفل) مطلقا سواء كان في المال او في النفس بامر او بغير امر لانهما تبرع محض (ولا يقرض ولا يعتق ولو) وصلية (بمال) لانه ليس باهل (ولا يزوج عبده) لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا رقبته بالمهر والنفقة (ولا يبيعه من نفسه) لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه (والاب والوصي في رقيق الصغير) الذي تحت حجرهما (كالمكاتب) في التصرفات المذكورة من تزويج الامة وكتابة رقيق الصغير لاعلى اشتغاله على مال ولا يبيعه من نفسه ولا تزويج عبده (ولا يملك) العبد (المأذون شيئا من ذلك) عند الطرفين (وعند ابي يوسف له) اى للمأذون (تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك) شركة عنان ومفاوضة انهما الهم لا يملكون شيئا مما ذكرنا لكون التجارة والتزويج والكتابة ليس منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه ولهذا لم يملكوا تزويج العبد لانه ضرر محض على ما بينا (وان اشترى المكاتب قريبه ولادا دخل في كتابته) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للاعتاق فيجعل مكاتبا عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون في كتابته تبعا له واقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون

فى الاحكام فان الولد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه واولاد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولايؤديان حالا ولا مؤجلا (واواشترى) المكاتب (ذارحم محرم غير الولاد) كالاخ وابنه والعم وابنه (لايدخل) فيجوز له بيعه عند الامام لان المكاتب لاملك له حقيقة الا انه يقدر على الكسب فالمكاتب فقير كاسب وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد لا فى غيرها ولهذا تجب نفقة الاولاد والوالدين على من قدر على الكسب ولو كان فقيرا واما نفقة الاخ والعم فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير (خلافا لهما) فانهما قالا يدخل فى كتابته بالشراء فلا يجوز بيعه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم ونحو ذلك من الاحكام وعند الائمة الثلاثة لواشترى بلا اذن السيد لايكاتب ولايصح شراؤه وبالاذن يصح هذه المسئلة تذكر فى العتاق فلو اقتصر على احديهما لكان اخصر (وان اشترى) المكاتب (ام ولده) اى امرأته المنكوحة المملوكة للغير (مع ولدها منه دخل الولد) فى الكتابة تحقيقا للصلة كما مر (ولاتباع الام) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه فى امتناع البيع فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لاتعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ماكان لان الحرية لم تثبت من جهتها كما فى التبيين (وان لم يكن) الولد (معها) اى مع ام الولد (جاز بيعها) لعدم دخولها فى كتابته قياسا عند الامام لان ماكسبه المكاتب متردد بين ان يؤدى وبين ان يعجز فان ادى الكل يتقرر له وان عجز يتقرر للمولى فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد (خلافا لهما) فان عندهما لا يجوز بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعى فى قول (وولده) اى ولد المكاتب (من امته يدخل فى كتابته) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة (وكسبه) اى كسب الولد (له) اى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه وكان كسبه له وكذا المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق (واوزوج المكاتب امته من عبده ثم كاتبهما) اى كاتب المكاتب العبد والامة (فولدت الامة يدخل الولد فى كتابة الام وكسبه) اى كسب الولد (لها) اى للام لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر فى العتاق حتى لوقتل الولد تكون قيمته للام دون الاب (ولونكح) اى تزوج (مكاتب بالاذن) اى باذن المولى (امرأة زعمت

انها حرة فولدت) من المكاتب (فاستحقت) اى ثم استحقت بولدها (فولدها عبد) وكذا ان ولدت من غيره فولدها عبد عند الشيخين لكونه مولودا من المملوكين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام فى الرق والحرية كما مر مرارا وهو القياس وتركنا هذا فى ولد الحر باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم لان حق المولى مجبور بقيمة واجبة فى الحال بخلاف ولد المكاتب والعبد لان فيه متأخرة الى العتق هكذا ذكروا هنا لكن فى التبيين هذا مشكل جدا فان دين العبد اذا وجد بسبب اذن فيه المولى يظهر فى حق المولى و يطالب به الحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلا يلزم المهر ولا قيمة الولد فى الحال انتهى لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه دين كسائر الديون حتى يقاس عليه لان المولى اذن بالتزوج المقيد بكونها حرة لا مطلقا فالغرور ح هو العبد فلا يوجب ان يلزم على المولى ما يلزم على العبد عند كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولا غنم للمولى حتى يجب الضمان ولان ولد المكاتب ليس فى معنى الحر لانه خلق من ماء الرقيق وولد الحر خلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تدبر (وعند محمد) وزفر والائمة الثلاثة (حر) بالقيمة (وتؤخذ منه) اى من المكاتب (قيمته) اى قيمة الولد (بعد عتقه) لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيلحق بولد الحر المغرور الا ان قيمته تطالب بعد العتق كما فى اكثر الكتب لكن فى التبيين ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له انتهى فعلى هذا يلزم المص التفصيل تدبر (وان وطئ المكاتب امة بملك) اى اذا اشترى المكاتب فوطئها (بغير اذن سيده) وانما اقتصر بغير اذنه مع ان المسئلة على حالها مع الاذن ليفهم منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولى (فاستحقت) اى الامة (اخذ منه) اى من المكاتب (عقرها فى الحال) من غير تاخير الى العتق (وكذا ان شراها) اى شرى المكاتب امة شراء (فاسدا فوطئها فردت) بحكم الفساد اخذ منه عقرها فى الحال ايضا من غير تاخير الى العتق (وان وطئها) اى المكاتب الامة بنكاح بان تزوجها بغير اذن المولى فاستحقت (لا يؤخذ منه العقر) (الا بعد عتقه) بالاجماع والفرق ان فى الوجهين الاولين ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفى الوجه الثانى لم يظهر لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ ولا تنتظمه

الكتابة فلا يظهر فى حق المولى كما فى اكثر الكتب وقال صدر الشريعة ولقائل ان يقول ان العقر يثبت بالوطئ لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة فى شئ فلا يكون العقر ثابتا فى حق المولى انتهى وقال يعقوب باشا هذا القول ليس بظاهره لان وجوب العقر مبنى على سقوط الحد وسقوطه مبنى على الملك والملك مبنى على الشراء وهو مأذون فيه فيكون مأذونا فيما سبق فيما يتعلق به انتهى لكن الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان ما يتعلق به من لوازمه والوطئ ليس كذلك فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة فى شئ لكن سببه الذى هو الشراء منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل (ومثله) اى مثل المكاتب فى الحكم المذكور (المأذون) له (فى التجارة) قيل هذا اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر حالا وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر فى الحال

(فصل)

(واذا ولدت المكاتبة من مولاها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على الكتابة او) ان شاءت (عجزت) من التعجيز (نفسها) مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وهى الكتابة وآجلة بغير بدل وهى امومية الولد فتختار ايهما شاءت (وهى) اى المكاتبة (ام ولده) سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج الى تصديق الابن (واذا مضت على الكتابة) يعنى اذا اختارت الكتابة ومضت عليها (اخذت) اى ام الولد (منه) اى من مولاه (عقرها) اى مهر مثلها لانها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالاجنبى فى حق نفسها (وان مات المولى) بعد مضيها على الكتابة (عتقت) بالاستيلاد (وسقط عنها البدل) لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة فى ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد (وان ماتت) المكاتبة (وتركت مالا اديت منه) اى من المال (كتابتها ومابقى) من المال (ميراث لابنها) لثبوت عتقها فى آخر جزء من حيوتها وان لم يترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر قيل او قال لولدها لكان اشمل للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت كذلك لانها تأخذ النصف والاخر للمولى ومراد المص ما أخذ الجميع وهو الابن فقط لانه قال ومابقى اى مجموع مابقى تأمل (ولا يثبت نسب من تلده بعده) اى بعد

الولد الاول (بلا دعوة بل هو مثلها) اى مثل ام الولد (فى الحكم) لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة ان لم يحرم على المولى وطئها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا تزوجت غيرها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن العلوق بعد التزويج ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صيرها كسب وامهات الاولاد واولاد ولدى الولد الثانى ومات من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه فى حكم امه (وان كاتب) شخص (مدبره او ام ولده صح) ما دعاه من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند الامام (فان مات) المولى (عتقت) ام الولد المكاتبة (مجانا) اى بلا شئ لانها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكيتها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى فى حال حيوته (والمدبر) المكاتب (سعى) بعد موت المولى (فى جميع (بدل كتابته) ان شاء (او) سعى (فى ثلثى قيمته ان كان) المولى يموت (معسرا) عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا فالانسان لا يلتزم المال فى مقابلة ما يستحق حريته مجانا فيبقى البدل جميعا فى مقابلة ثلثى الرقبة كما اذا طلق امرأته تطليقتين ثم طلقها ثلثا على الف يصير كل الالف فى مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لانه لم يستحق عند عقد الكتابة شئ من الحرية (وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل من البدل او من ثلثى قيمته) لكون الاقل متعينا (وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى البدل او من ثلثى القيمة) لان المدبر عتق ثلث رقبته مجانا وسقط حصته من بدل الكتابة كما سقط من قيمته فيبقى الثلثان من البدل فصار الاختلاف بينهم فى الخيار وفى المقدار لان ابا يوسف مع الامام فى المقدار ومع محمد فى الخيار فالخيار عند الامام فرع التجزى وعدم الخيار عندهما لعدم التجزى لما بين فى موضعه وانما وضع المسئلة فى المعسر لانه ان كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق وبطل كتابته (وان دبر) المولى (مكاتبه صح) التدبير بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط الموت (ومضى عليها) اى على الكتابة ان شاء (او عجز) من العجز (نفسه وصار مدبرا) لان الكتابة عقد غير لازم فى حق العبد وان كان لازما فى حق المولى (فان مضى بها) اى على الكتابة (فمات سيده) حال كونه (معسرا يسعى) المدبر (فى ثلثى البدل او) فى (ثلثى قيمته عند الامام) لان الاعتاق متجز فيسقط من بدل الكتابة الثلث فخار منهما ما شاء (وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى كل

منهما) لان له ان يختار اقل الدينين ضرورة فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه اما المقدار هنا فمتفق عليه (وان اعتق مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه (وان كوتب) العبد (على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح) الصلح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض بالمال الحال عن الآجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وبه قال ابو يوسف وزفر والشافعي ومالك كما في عيون المذاهب وجه الاستحسان ان الآجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء لا بالاجل دون وجه آخر وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا في كونهما مالا وغير مال (وان مات مريض) وهو الذي قد كان (كاتب عبدا قيمته الف) مكاتبه (على الفين الى سنة ولا مال له) اي للمريض (غيره) اي غير العبد (ولم يجز الورثة) ذلك (ادى العبد المكاتب (ثلثي البدل حالا و) ادى (الباقي الى اجله) اي عند انتهاء اجله (او رد رقيقا) عند الشيخين لان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع البدل فيصير متعلقا بكل البدل واذا يكون عتقه متعلقا باداء الكل فلا يجوز في قدر الثلثين منه (وعند محمد) ان شاء (يؤدي ثلثي قيمته) وهي الف (للحال والباقي الى اجله او رد رقيقا) لان المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة اذ لا حق له فيه واما في الزيادة فيجوز الترك فيصح بالتأخير (وان كاتبه على الف) الى سنة (وقيمته الفان ولم يجيزوا) اي الورثة (ادى ثلثي القيمة للحال او رد الى الرق اتفاقا) يعني انه يخير بين الامرين لان المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في التأخير كما في المنح (ومثلها) اي مثل الكتابة (البيع) يعني اذا باع المريض داره بالفين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه كما في الهداية (وان كاتب حر عن عبد بالف وادى) الحر الالف (عتق ولا يرجع الحر به) اي بالالف (عليه) اي على العبد لكونه متبرعا اذ لم يأمره بذلك صورة المسئلة ان يقول الحر لولى العبد كاتب عبدك على الف درهم سواء شرط العتق بادائه بان قال ان اديت اليك فهو حر اولم يقل ذلك فكاتب المولى ثم ادى الحر الالف يعتق في الصورتين اما في الاولى فبحكم الشرط واما في الثانية فلعدم توقف الكتابة المزبورة على قبول الغائب فيما ينفعه وهو صح اداء الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا وفي القياس لا يعتق لان الشرط

معدوم والعبد موقوف على قبول العبد الغائب فيا حضره وهو وجوب البدل عليه والموقوف لاحكم له (وان قبل العبد) حين بلوغ الكلام اليه قبل اداء الحر (فهو) اى العبد (مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة واما قلنا قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر فلا يكون حكم المكاتب او جود الحرية قبل ان قال العبد لا اقبله ثم ادى المال لا يعتق لان العقد ارتد رده (وان كاتب) المولى (عبدا عن نفسه وعن آخر غائب) بان قال الحاضر اولا كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فكاتبهما (فقبل) العبد الحاضر (صح) عقد الكتابة والقياس ان لا يجوز الا على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه ابتداء فجعل نفسه اصلا والغائب تبعا فيصح كامة كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا بادائها ولا يلزم عليها من البدل شيء (وقبول الغائب ورده لغو) اذ لا يتوقف في حقه (ويؤخذ الحاضر بكل البدل) لان كل البدل عليه (ولا يؤخذ الغائب بشيء) من البدل لكون العقد نافذا على الحاضر ولو اكتسب الغائب شيئا ليس للمولى ان يأخذه وليس له ان يدفعه من غيره وابراء المولى او وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل وان اعتق الحاضر او مات سقطت حصة الحاضر وادى الغائب حصته حالا والا ردقا (وايهما) اى اى واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (اجبر المولى على القبول) اى على قبول المدفوع اليه اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه (وعتقا) اى الحاضر والغائب جميعا لوجود الشرط في حقهما وهو اداء بدل الكتابة (ولا يرجع احدهما على الآخر) بما ادى الى المولى من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادى بغير امره (وكذا لو كاتبهما معا) اى لو كاتب عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولا يعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها وهما معترو ايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا (ولا يعتق احدهما باداء حصته) لانهما كشخص واحد (بخلاف ما لو كانا) اى العبدان (لاثنين) اى لرجلين وكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بادائها لان كل واحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه وبعتبره رطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسألة الاولى

لان شرطه معتبر فى حقهما لانهما مملوكاه كما فى الاختيار (ولو عجز احدهما) فى المسئلة الاولى فرد الى الرق اما بتراضيهما اوبرده القاضى ولم يعلم الآخر (ثم ادى الآخر الكل عتقا) جميعا لما مر انهما كشخص واحد ولو ذكر هذه المسئلة عقيب الاولى لكان اوضح وانسب تدبر (وان كانت امة عنها وعن) ولدين (صغيرين لها جاز) العقد استحسانا اذا قبلت الامة (واى) واحد من الثلثة وهم الام والابنان (ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا) لانها جعلت نفسها اصلا فى الكتابة واولادها تبعا ولو اعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه فى الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها كما مر فى كتابة الحاضر والغائب (ولا يرجع على غيره) بشئ لكونه متنفعا بالادا ومتبرعا فى حق الغير

(باب كتابة العبد المشترك)

بين الاثنين ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد (ولو اذن احد الشريكين فى عبده للاخر ان يكاتب حصته منه) اى من العبد (بالف) درهم (و بقبض البدل) اى بدل الكتابة (ففعل المأذون) اى كاتب الشريك المأذون (وقبض البعض) اى بعض البدل (فعجز المكاتب) عن اداء باقيه (فالمقبوض) من البدل (للقابض خاصة) عند الامام لان الكتابة متجزئة على قوله لافادتها الحرية يدا فيكون مقتصرا على نصيبه ودالا على اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا فى نصيبه على القابض فيكون كل المقبوض له (وقالا هو) مكاتب (بينهما) وما ادى فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لان الكتابة لا تتجزى عندهما كالحرية فيكون القابض اصيلا فى بعض مقبوضه ووكيلا فى بعضه لشريكه فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز (امة) مشتركة (لرجلين كاتباها فاتت بولد فادعاه احدهما) اى ادعى احد الشريكين الولد (ثم اتت باخر) اى بولد اخر (فادعاه) الشريك (الاخر فعجزت) الامة عن اداء البدل (فهى) اى الامة (ام ولد) الشريك (الاول) لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة وكذا دعوة الآخر صحيحة فى ولدها الثانى مادامت الامة باقية على الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كان لم تكن بسبب العجز

وقع وطئ الآخر حقيقة في ام ولد الغير وظهر ان كل الامة ام ولد للاول لزوال الكتابة المانعة من الانتقال ولتقدم وطئه (وضمن الاول) للثاني (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه باستكمال الاستيلاد (و) ضمن (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (و) ضمن (الثاني) الاول (تمام عقرها) لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة (و) ضمن (قيمة الولد) الثاني (وهو) اى الولد الثاني (ابنه) اى ابن الثاني لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرف في موضعه (وايهما) اى اى واحد من الشريكين (دفع العقر اليها) اى المكاتبة (صح) الدفع لانه دفعها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها هذا كله عند الامام (وعندهما) كل الامة ام ولد للاول حين ادعائه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق فيما يمكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجز والتكميل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثاني الى الاول كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز و (لا يثبت نسب الولد) الثاني (من الثاني) لان وطئ الثاني صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه (ولا يضمن) الثاني (قيمته) اى قيمة الولد ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما (وحكمه) اى حكم الولد (كامه) يعني يكون تابعا لامه في الاستيلاد (ويضمن تمام العقر) لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين والحد مندرئ للشبهة فتحقق الغرامة (ويضمن الاول) للآخر (نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان التملك (و) يضمن (الاول عند محمد) اى من نصف قيمتها (و) من نصف (ما بقي من البدل) اى بدل الكتابة (عند محمد) لان حق الآخر في نصف الرقبة نظرا الى العجز وفي نصف البدل نظرا الى الاداء فالتردد يلزم اقلهما قيمته واذا انفسخت الكتابة في حصة الشريك عندهما قيل العجز وكلها مكاتبة للاول بنصف البدل عند الشيخ ابي منصور وبكل البدل عند عامة المشايخ (ولو دبرها الثاني) الامة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول (ثم) دبرها فعجزت عن الكتابة (بطل التدبير) بالاجماع لان الاول تملك نصيب شريكه بالعجز من وقت وطئه على مذهب الامام او تملك كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما فالتدبير يقع في ملك غيره (وهي) اى الامة (ام ولد الاول) لزوال الكتابة المانعة بالعجز وللزوم استكمال الاستيلاد (والولد له) اى الاول

لصحة دعوته (وضمن) الاول لشريكه (نصف قيمتها) لتملكه بالاستيلاد (ونصف عقرها) لوقوع الوطئ في المشتركة (واو اعتقها احدهما) اى اعتق احد الشريكين الامة المكاتبة المشتركة حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن المعتق) لشريكه (نصف قيمتها ويرجع) المعتق (به) اى بما ضمنه (عليها) اى على الامة لان الساكت عن التحرير يضمن المحرر وهو ايضا يضمنها عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يرجع عليها اذ بالعجز صارت كانها لم تزل قنية وهذا الخلاف على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما وان لم تعجز الامة عن اداء البدل حال كون المعتق موسرا فلا ضمان عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق يتجزى عنده وهي مكاتبة قبل الاعتاق (وعندهما يضمن الموسر وتجب السعاية في المعسر) لان الاعتاق لما كان لا يتجزى عندهما يعتق الكل فان كان المعتق موسرا يضمن للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة وان كان معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار كما بين في موضعه (واو دبر احد الشريكين ثم اعتق الآخر) حال كونه (موسرا ضمنه المدبر) بكسر الباء يعني للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته ان شاء (او استسعى العبد او اعتقه) اى خير المدبر بين الثلاثة عند الامام (وان عكسا) اى ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الآخر (فالمدبر) بالكسر (يعتق او يستسعى) ولا يضمن عند الامام ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فتثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء المعروف من مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته قنا كما في الهداية (وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما (وعتق الآخر لغو) لان التدبير لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتق الاول ضمن) لشريكه نصف قيمته (او) كان (موسرا او استسعى العبد او) كان (معسرا) لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما (وتدبير الآخر لغو) لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده

(باب العجز والموت)

اى موت المكاتب وموت المولى تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب

لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة (اذا عجز المكاتب عن نجم) اى مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة لسامر ان النجم فى الاصل الطالع ثم سمى به الوقت ثم الوظيفة التى تؤدى فى ذلك الوقت للملابسة بينهما (فان رجى له حصول مال) بان كان لهذا المكاتب على آخر دين رجى ان يكون مقبوضا اومال رجى قدومه (لا يعجل الحاكم بتعجيزه) ويمهل يومين اوثلاثة ايام نظرا للجانبين والثلاثة هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء وكشرط الخيار ونحو ذلك فلايزاد عليه (والا) اى ان لم يرج له حصول مال (عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة ان طلب سيده او عجزه سيده برضاه) اى برضى المكاتب وان لم يرض به العبد فلابد من القضاء بالفسخ عند الطرفين لان الكتابة عقد لازم تام فلا يفسخ الا بالقضاء او الرضاء كما فى الرجوع عن الهبة وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ كما فى الكافى وللمولى حق الفسخ فى الكتابة الفاسدة بلا رضاء العبد وللعبد حق الفسخ ايضا فى الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كما فى التنوير (وعند ابى يوسف لا يعجز) اى لا يحكم الحاكم بعجزه (مالم يتوال عليه نجمان) لقول على رضى الله تعالى عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان الحق بالعقد من جانب المولى تسمين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة فى المبيع وفى المضمرات ان الصحيح قولهما (واذا عجز) المكاتب (عادت اليه احكام رقه) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد (ومافى يده) من الاكتساب (لمولاه) اذ ظهر انه كسب عبده بسبب عجزه (وحل) ما فى يد المكاتب (له) اى للمولى (ولو) وصلية كان (اصله من صدقة) ولم يكن المولى مصرفا للصدقة زكوة كانت اوغيرها لانه اخذه عوضا عن العتق زمان الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهو من المصارف ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات اخذا لقوله عليه السلام لبريرة هى لك صدقة ولنا هدية كما مر وفى المنح ولا فرق على الصحيح بين ما اذا اداه الى المولى ثم عجز او عجز قبل الاداء وفى العناية تفصيل فليراجع (وان مات) المكاتب (عن وفاء) اى ان مات وله مال فى بدل الكتابة (لا تفسخ) الكتابة (ويؤدى بدلها) اى بدل الكتابة

(من ماله ويحكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حيوته ويورث ما بقى) من ماله وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ علماؤنا لان الكتابة عقد معاوضة فلا تبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضى المساواة قال الجمهور ان المكاتب يعتق فى آخر جزء من اجزاء حيوته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ما قبله فيجعل اداء نائبه كادائه ولان بدل الكتابة يقام فى آخر عمره مقام التخلية وهى الاداء فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت وقال البعض ان المكاتب يعتق بعد الموت وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه تفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا لم يترك مالا وافيا وبه اخذ الشافعى لفوات المحل (ويعتق اولاده الذين شراهم) فى كتابته (او ولدوا فى كتابته) متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع حتى او ولدوا قبل الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا ان يكونوا صغيرين وعن هذا قال (او) اولاده الذين (كوتبوا معه تبعا) بان يكونوا صغيرين (او قصدا) بان يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه لان الصغير يتبعون الاب فى الكتابة والكبيرين يجعلون مع الاب كشخص واحد فيعتقون و يرثون اما لو كان الاب والد مكاتبين بعقد على حدة يعتق من وقت اداء بدل الكتابة مقصورا عليه ولا يرث لانه مقيا بالكتابة كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (وان لم يترك وفاء) اى ان مات المكاتب ولم يترك مالا يفى ببدل الكتابة (وله ولد ولد فى كتابته سعى) الولد فى كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه (على نجومه) اى على نجوم ابيه المقسطة (فاذا ادى) الولد الكتابة (حكم بعتقه) اى بعتق الولد لانه داخل فى كتابة ابيه فيعتق بعتقه (وعتق ابيه قبل موته) يعنى فى آخر جزء من اجزاء حيوته (والولد المشرى) اى الولد الذى اشتراه المكاتب فى كتابته ومات (اما ان يؤدى البدل حالا او يرد فى الرق) عند الامام لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى فى الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا (وعندهما هو) اى الولد المشرى (كالاول) اى كالمولود فى الكتابة لكونه مكاتبا بتبعية الاب وبه قال مالك وفى التنوير اشترى المكاتب ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه (وان مات المكاتب وترك ولدا من) امرأة (حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء) ببدل الكتابة (فجنى الولد فقضى القاضى) اى قضى القاضى (بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها تقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب الدية عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنه (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب فى ولائه فقضى به) اى قضى القاضى

الولاء لموالي الام فهو مفصل بعجزه اى المكاتب لان هذا الخلاف فى الولاء يعود اليه وذلك على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه القضاء ولهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فادبت الكتابة او عن ولد فاداها اما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حيوته كما فى شرح الكنز للعيني (واوجنى عبد فكاتبه سيده) حال كونه (جاهلا بجنايته فعجز) العبد عن الكتابة فالولى بالخيار (ان شاء دفع) العبد بالجناية الى المجني عليه (اوفدا) العبد بالارش لانه الموجب بجناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختارا للفداء ولهذا قيده بكونه جاهلا لكن الكتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلى (وكذا) الحكم (لو جنى المكاتب فعجز) عن الكتابة (قبل القضاء به) اى بموجب الجناية لانه لما عجز صار قنا وحكم جناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف فى موضعه (ولو عجز (بعد ما قضى عليه) اى على المكاتب (به) اى بموجب الجناية فى حال كتابته فعجز (فهو) اى موجب الجناية (دين) عليه (ويباع) العبد (فيه) لانتقال الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء هذا عند نا لما مر من ان الاصل فى جناية العبد وجوب الدفع الا اذا تعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك وهو قابل للفسخ والزوال فيكون المانع مترددا فلم يثبت الانتقال الا بالقضاء او بالرضاء او بالموت عن الوفاء بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع لا يقبل الانتقال فوجبت القيمة بلا توقف وعند زفر وهو قول ابى يوسف اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية وهو الكتابة فوجبت القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد وفى الدرر اقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فنفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت (ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد) لان الكتابة من اسباب العتق والعتق حق للمكاتب وكذا سببه حق له فلا يبطل بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين والاجل اذا مات الطالب (ويؤدى المكاتب (البدل الى ورثته) اى الى ورثة سيده (على نجومه) لان النجوم حقه لانه اصل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله الا من الثلث

(فان اعتقه) اى العبد المكاتب (بعضهم) اى بعض الورثة (فى مجلس و) اعتقه (الآخر فى) مجلس (آخر لا ينفذ) عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا ينتقل من ملك المورث الى ملك الوارث كما لا يملك بسائر اسباب الملك ولا اسقط حصته من البدل عندنا خلافا للشافعى وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون مالم يرجع الاول (وان اعتقوه) اى جميع الورثة فى مجلس واحد (كلهم عتق) العبد المكاتب (مجانا) والقياس ان لا يعتق لعدم ملكهم وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة اقتضاء تصحيحا للعتق كما اذا ابرأه المولى عن كل بدل الكتابة وفى التنوير مكاتب تحته امة طلقها ثنتين فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كاتباعبدا كتابة واحدة وعجز المكاتب لا يعجزه القاضى حتى يجتمعا

(كتاب الولاء)

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وهو لغة القرابة وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة وهى المتابعة لان فى ولاء العتاقة ارثا يوالى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة بالعتق ولو بمال او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق او بالعقل فيرثه شرعا عند عدم المانع من الارث وفى التنوير هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل (الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تعالى عنها عن النبى عليه السلام الولاء لمن اعتق يعنى اعتق مملوكه ذكرا كان السيد او انثى فولاؤه له ولذا قال الجمهور سبب هذا الولاء الاعتاق والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافى ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب (ولو) وصلية (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (او استيلاد) بان استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله (او كتابة) بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق (او وصية او ملك قريب) بان ملك اباه او ابنه بشراء او هبة او نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث قال صدر الشريعة فان قيل كيف يكون الولاء فى التدبير والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد قلنا صورته ان يرتد السيد ويلحق

بدار الحرب حتى تحكم بعتق مدبره وام ولده ثم أسلم مسلمات مدبره او ام ولده فالولاء له ايضا وفيه كلام لان الغرض اثبات الولاء للعبد في جميع المواد كما يدل عليه تصور المسئلة فالجواب ان يقال ان الولاء يثبت ابتداء للمولى ثم ينتقل الى ورثته فيستقيم الكلام في المكاتب الذي ادى البدل بعد موت السيد الى الورثة وكذا في العبد الموصى لشرائه ثم اعتقه وغير ذلك مما تدبر (وان شرط عدمه) او سائبة) يعني لو اعتق العبد وشرط الولاء لغيره او شرط ان يكون معتقا ولا ولاء بينهما ورثه غيره كان الشرط لغوا لانه مخالف للشرع فيكون كما في النسب اذا شرط ان لا يرثه وما في شرح الوقاية لصدر الشريعة من ان ذلك شرط مخالف لمقتضى العقد فتسامح الصواب ما قلناه ومن قال السائبة فتح (ومن اعتق) امة (حاملا من زوج قن) للغير (فولدت) الامة الحامل ولدا بعد عتقها (لاقل من نصف سنة فولاء الولد له) اى لمولى الام (لا ينتقل) ولاء الحمل (عنه) اى عن مولى الام الى مولى الاب ان اعتق ابوه (ابدا) لانهما لما اعتقت وتيقن وجود الحمل في ذلك الوقت عتق حالها مقصودا لانه جزؤها ولا ينتقل من موالِيها الولاء على التأبيد لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق (وكذا لو ولدت) الامة المذكورة ولدين (توأمين احدهما) اى ولادة احدهما (لاقل من نصفها) اى من نصف السنة من وقت الاعتاق والآخر لاكثر منه وبين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام ابدا لا ينتقل عنه الى مولى الاب ان اعتق الاب لان التوأمين علوقان من ماء واحد فيتعلقان معا بالاعتاق المزبور او كان ما بين الولدين اقل من اقل مدة الحمل (وان ولدت) الامة المزبورة ولدا بعد عتقها (لاكثر من ذلك) اى من نصف سنة (فولاؤه) اى الولد (له) اى لمولى الام ايضا لان الولد يجر وها ويتبعها في الصفات الشرعية الا ترى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء حينئذ لتعذر جعله تبعا للاب لرقه (لكن ان اعتق الاب) والولد حي (جره) اى جر الاب المعتق الولاء (الى مواليه) اى يجر الاب ولاء ابنه من مولى الام الى قوم نفسه لان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب من الآباء وكذا الولاء وانما يكون من الامهات للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الى مولى الاب كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الابن والمانع فان مات مولى الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لا يكون مولى الام وارثا لذلك الولاء كما قال ابن كمال الوزير في شرح الفرائض وفي التبيين هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالي الاب

لانه كان موجودا عند عتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج ولا يرجع (الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل الجر) اى لو تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانه حين عقل عنه قوم الام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلا يرجعون به (ولو تزوج عجمى) حر الاصل (له مولى موالاة او لا معتقة) سواء كانت معتقة العرب او العجم وماوقع فى القدورى وهو من تزوج من العجم بمعتقة للعرب اتفاقا (فولدت) ولدا (منه) اى من العجم (فولاء الولد لمواليها) اى موالى الام عند الطرفين (وعند ابى يوسف حكمه) اى حكم الولد (حكم ابيه) فيكون الولاء لموالى ابيه لا لمواليها لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر والنسب بين العجمين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولا تفاخر لهم به وكذا ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لا يعارض القوى قيد بالاعجمى لان اباه ان كان عربيا يكون ولاؤه لموالى ابيه اتفاقا لشرف نسبه وقيدنا بالحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا لانهما استويا والترجيح لجانب الاب وقيد بمولى الموالاة لانه لو كان مولى عتاقة فولاؤه لموالى ابيه اتفاقا وفصل صاحب الدرر فى هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها لانه كما لا ينتقل الولاء فى المسئلة الاولى وهى قوله ومن اعتق حاملا الخ فلان لا ينتقل عند كونها حرة الاصل بالطريق الاولى ويوافق ماذكر فى البدايع والتكملة ومختصر المحيط من اشتراط عدم كون الام حرة اصلية فى ثبوت الولاء واما مافى المنية وان كان المتبادر منه المخالفة لكنه لا مخالفة فى الحقيقة على ماحقق فى الدرر وذهب البعض الى ثبوته عند كون الام حرة اصلية ومن علماء هذه الدولة منهم من افتى على الثبوت ومنهم من على خلافه والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت ثم رجع وافتى على خلافه وثبت عليه كما فصل فى حاشية عزمى زاده على الدرر وموجب ما يقتضيه الاصول عدم الثبوت لان الولاء يتفرع على زوال الملك وهو على ثبوته وثبوته فى الولد من جانب الام البتة واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على الولد وينبغى ان يتنبه ان لفظ حر الاصل يستعمل فى معنيين عدم جرى الرق على النفس من حين العلوق مع جريه على الاصل وعدم جريه على الاصل ابدا والاختلاف انما هو على المعنى الثانى واما على الاول فلا نزاع فى الثبوت ومرجع مسائل الولاء الى هذه الصور وهى ان الولد اما ان تكون امه حرة اصلية بهذا المعنى اولا والثانى اما ان تكون معتقة حال الحمل من قن ولدت لاقل

من نصف منه اولا وح اما ان يكون ابوه رقيقا اولا وخ اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى اولا فان كان فاما ان يكون مرسا اولا فهذه ست صور ففي الاولى والخامسة لاولاء اصلا والثانية والثالثة الولاء لقوم الام وفي الرابعة لقوم الاب وفي السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابي يوسف وفي قول المص من اعتق حاملا الخ دلالة الى الاولى والثانية وفي قوله وان ولدت لاكثر الخ الى الثالثة والرابعة وفي قوله لو تزوج اعجمي الى الخامسة والسادسة تأمل (والمعتق) عصبة سببية (مقدم على ذوي الارحام) وهو من لافرض له ويدخل في نسبته الى الميت انثى (مؤخر عن العصبة النسبية) سواء كانت عصبة بنفسه او بغيره او مع غيره وكذا مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وسيأتي في الفرائض ان شاء الله تعالى (فان مات السيد ثم) مات (المعتق) ولا وارث له من النسب (فارثه) اي ارث المعتق (لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف في علم الفرائض (فيكون) ارثه (لابنه) اي ابن السيد (دون ابيه او اختهما) عند الطرفين لان الجزء اقرب وهو اختيار سيدي الساب ومذهب الشافعي والقول الاول لابي يوسف (وعند ابي يوسف لابيه السدس والباقي للابن) وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وبه قال شريح والنخعي لان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقي لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذي يجوز الاعتياض عنه بالمال فلا يجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء كله للابن بالاتفاق ولو ترك جد المعتق واخاه فالولاء للجد عند الامام وعندهما الولاء بينهما نصفان (وعند استواء القرب) كما اذا ترك المعتق ابني اخوي معتقه (تستوي القسمة) لاستواء الاستحقاق (وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث) اي اقرأ الحديث الى آخره او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن وسيأتي تمامه في الفرائض ان شاء الله تعالى وفي شرح الكنز للعيني هذا حديث منكر لا اصل له وانما المروي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم فاخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم انهم لا يرثون النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن وتمامه فيه فليطالع ثمة وفي الشمني او مات المعتق ولم يترك الا ابنة معتقه فلا شيء لها في ظاهر الرواية وتوضيح تركته في بيت

المال وافتى بعض المشايخ بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وليس في زماننا بيت المال انتهى وفي التنوير اذا ملك الذمي عبدا فاعتقه فولاؤه له كالنسب ولو اعتق حربي في دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق الا ان يخلي سبيله فان خلاه عتق ولا ولاء له وله ان يوالي من شاء ولو دخل مسلم في دار الحرب فاشترى عبدا ثمه واعتقه بالقول عتق ولو كان العبد مسلما فاعتقه مسلم او حربي في دار الاسلام فولاؤه له

(فصل)

هذا الفصل لبيان ثاني نوعي الولاء كما في الاصلاح وجه تأخيره عن ولاء العتاقة ظاهر (ولاء الموالاة سببه العقد) ولهذا يضاف الى الموالاة وهي العقد والاصل في الاضافة اضافة المسبب الى السبب كما يضاف الولاء الى العتاقة لان سببه العتق (فلو اسلم اعجمي) مجهول النسب وانما شرط كونه اعجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء وانما شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لا يجوز ان يوالي غيره كما في الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير واما كونه مجهول النسب فليس بشرط وفي شرح المجمع لابن ملك وهو المختار (على يد رجل ووالاه) بان قال انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فقبل الآخر فذلك عقد صحيح واشار اليه بقوله (على ان يرثه) اي الرجل اذا مات هو (وان يعقل) الرجل (عنه) اي عن الذي اسلم على يده اي يؤدي الجناية عنه اذا جنى (او والى غيرمن اسلم على يده) معناه انه اسلم على يد رجل ووالى غيره (صح) هذا العقد (ان لم يكن معتقا) فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لان ولاء العتاقة اقوى وكذا يصح لو والى صبي عاقل باذن ابيه او وصيه لان الصبي من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت سببه بان ملك قريبه او كاتب ابوه او وصيه عبده وعتق كان ولاؤه له فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر منه عقدها بالاذن كما لو والى العبد باذن سيده آخر فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة (و) اذا صح يكون (عقله) اي جنايته (عليه) اي على المولى الذي اسلم على يده ووالاه او الذي والاه وكان قد اسلم على يد غيره (وارثه له) اي ميراثه للذي والاه اذا مات (ان لم يكن له وارث) من النسب (وهو) اي القابل للموالاة (مؤخر عن ذوي الارحام) لان ذوي الارحام يرثون بالقرابة وهي اقوى وآكد من الولاء لانها لا تقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لا يرد عليهما فاذا اخذا حقهما

صار الباقي خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الائمة الثلاثة لا يصح عقد الموالاة اصلا ويوضع ماله في بيت المال لان سبب الارث الفرض والتعصيب ولهذا لا ميراث لذوي الارحام عندهم ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الخ وقال من ائمة التفسير ان المراد المصافقة لا القسم اذا عاقدوا بان يأخذ كل واحد من الآخر قد ين يده عند العقد (ومالم يعقل عنه) او عن ولده (فله) اي لمن والى (ان يحوله) اي ولاء الموالاة بغير رضاء صاحبه (قولا) بان قال فسخت عقد الموالاة معك لانه عقد تبرع فلا يكون لازما (بحضرته) اي بحضرة صاحبه لانه عقد واقع منهما فلا ينفسخ احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة (وفعلا مع غيبته) اي غيبة صاحبه (بان يعقل عنه الى غيره) بان والى رجلا آخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولا يلزم من ذلك حضور صاحبه لثبوت الانفساخ في ضمن العقد الثاني مع الآخر فصار كالعزل الحكمي في الوكالة وكل من الصحيحين مالم يعقل عنه (واما ان عقل) الاعلى (عنه او عن ولده لا يصح) اي عقد الموالاة (هو) اي الاسفل (ولا ولده) لتعلق حق الغير به ولحصول المقصود ولاتصال القضاء به (والاعلى ايضا) اي كالاسفل (ان يبرأ عن ولائه) اي الاسفل (بحضرته) اي الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر (ولو اسلمت امرأة ووالت) رجلا بشروطها (او اقرت بالولاء) اي اقرت انها موالاة لفلان (او ولدت) ولدا (مجهول النسب) اي لا يعرف له اب (او كان معها ولد صغير كذلك) اي كان الصغير مجهول النسب كذلك صح اقرارها على نفسها (وتبعها فيه) اي تبع الولد امه في الولاء وبصيران مولى فلان عند الامام (خلافا لهما) اي قالا لا يتبعها ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه وله ان الولاء بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا في حق الصغير المجهول النسب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان وكذبه المقر له في الولاء اصلا او قال لا بل والذي فاقر المقر لغيره والولاء لا يصح عند الامام وعندهما يصح

(كتاب الاكراه)

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى من حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة (هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه والكره بالفتح اسم منه (فعل يوقعه الانسان بغيره يفوت به) اي بذلك الفعل

(رضاه) اى رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا (او يفسد اختياره) مع تحقق عدم الرضاء ايضا كالتهديد بالقتل مثلا وفى الدرر ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور فى كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال فى الوقاية وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل قسم الشئ قسيما له انتهى لكن يمكن دفعه بان القسم الاول الرضاء فقط والقسم الثانى الرضاء مع الاختيار وقال فى الاصلاح وهذا ظاهر بقرينة المقابلة فمن وهم ان فيه جعل قسم الشئ قسيما له فقد وهم وفى القهستانى ان الاكراه لم يتحقق مع الرضاء وهذا صحيح قياسا واما استحسانا فلا لانه لو هدد بحبس ابيه او ابنه او اخيه او امه او زوجته او واحد من محارمه ولادا كبيع او هبة او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شئ من هذه التصرفات وينفذ قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة (مع بقاء اهليته) اى الاكراه بقسميه الصحيح الاختيار وفاسده لا ينافى اهلية الوجوب والاداء لانها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لا يخل بشئ منها الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب كما فى القهستانى (وشرطه) اى شرط الاكراه مطلقا اربعة الاول (قدرة المكره) بكسر الراء (على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا) هذا عندهما لان كل متغلب قادر على الايقاع وعند الامام لا اكراه الا من السلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق منه الاكراه وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما كما سيأتى وفى البزازية الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه ولم يذكر الخلاف وسوق اللفظ يدل على انه على الوفاق وفى المنح تفصيل فليطالع وفى الظهيرية ان مجرد الامر من السلطان اكراه من تهديد (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (وقوع ذلك) اى ما هدد به الحامل بان ظن انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما سيأتى (و) الثالث (كونه) اى كون المكره (ممتنعا قبله) اى قبل الاكراه (عن فعل ما اكره عليه) وفى القهستانى اذ لو لم يمتنع عنه لم يكن اكراها

لفوات ركنه وهو فوت الرضاء كما اشير اليه في الاختيار وفيه دلالة على ان هذا الشرط مستدرك (لحقه) اى لحق نفسه كبيع ماله او اتلافه بلاعوض او اعتاق عبده ولو بمال اواجر اخروى (اولحق) شخص (آخر) كاتلاف مال آخر (اولحق الشرع) كشرب الخمر والزنا ونحوهما لان الاكراه لهذه الحقوق يعدم الرضاء لامتناعه قبل الاكراه (و) الرابع (كون المكره به متلفا نفسا اوعضوا) من الاعضاء (اوموجبا غما يعدم الرضاء). لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا في حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذلا فلا يغتم الا بضرب مولم او بحبس شديد فلا يعد الضرب مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما في حقه اكراها لكون الاشخاص متفاوتا ولذا قيد ما يوجب الغم باعدام الرضاء وفي المنح الاكراه بحق لايعدم الاختيار شرعا كالعنين اذا اكرهه القاضي بالفرقة بعد مضى المدة الاترى ان المديون اذا اكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه والذمى اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق. (فلو اكره على بيع) ماله (او شراء) سلعة (او اجارة) دار (او اقرار) اى على ان يقر لرجل بدين (بقتل) متعلق باكره بان قال اقتله والاقتلك (او) اكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديدا وحبس مديد) او قيد مؤبد (اخير) المكره بعد زوال الاكراه عنه (بين الفسخ) اى فسخ العقد الصادر ويرجع عن الاقرار لانعدام الشرط وهو الرضاء بالاكراه سواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ (والامضاء) لان العقد والاقرار يثبت الملك ولو باكراه ويمنع النفاذ الذي لايكون فيه حق الاسترداد للعاقد لان هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع (و يملكه) اى المبيع (المشترى ملكا فاسدا ان قبضه) اى اذا باع مكرها ثبت فيه الملك ان قبض المشتري المبيع عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة لايثبت لانه بيع موقوف والموقوف قبل الاجازة لايفيد الملك ولنا انه فات شرطه وهو الرضاء بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك وبعض المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت هذا العين منك بدين لك على على انى متى قضيت دينى فهو لى وبعضهم جعلوه رهنا لايملكه المشترى ولا ينتفع به واى شئ اكل من زوائده يضمن ويسترد عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لايلزمه الاجرة ويسقط الدين بهلاكه وبعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع وفي النهاية وعليه الفتوى وبعضهم جعلوه بيعا باطلا وفي الكافي والصحيح ان العقد الجاري بينهما ان كان بلفظ البيع لايكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع عند اداء الدين فسد وان لم يذكرا او تلفظا

بلفظ البيع بالوفاء او تلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما اي في زعمهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فانه يفسد ح عملا بزعمهما وان ذكرا البيع من غير شرط وذكرا الشرط على الوجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق) المشترى (صح اعتاقه) لكونه ملكه وكذا تصرفه فيه تصرفا لا يمكنه نقضه (ولزمه) اي المشترى (قيمته) لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد (وقبض) المكره (الثمن) من المشترى (اوتسليم المبيع) للمشترى حال كونه (طوعا) اي طايعا قيد للمذكورين (اجازة) بالبيع اذ القبض والتسليم طايعا دليل الرضاء (لافعلهما كرها) اي ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع لعدم الرضاء (ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها) اي اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا في الاكراه والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا (فان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره) بفتح الراء والبايع مكره (لزمه) اي المشترى (قيمته) اي قيمة المبيع للبايع المكره لكون العقد فاسدا فكان مضمونا عليه بالقيمة (وللبايع تضمين اي شاء من المكره) بكسر الراء (او المشترى) لان لكل واحد منهما دخلا في هلاك ماله واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (فان ضمن المكره) بالكسر لكونه في حكم الغاصب لدفع مال المالك الى المشترى (رجع على المشترى بقيمته) لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد (وان ضمن) البايع (المشترى) الاول من المشترين بالقيمة (بعد ما تداولته البياعات) بان باعه المشترى من آخر وباع آخر من آخر ثم وثم وانما يلزم الضمان لكونه في حكم غاصب الغاصب باخذه المال بواسطة من كان آلة للبايع ولذا لا يرجع المشترى عاضمن على المكره الذى كان واسطة وآلة للبايع (نفذ كل شراء وقع بعد شرائه) اي المشترى الاول لكونه مالكا بالضمان فظهر انه باع ملك نفسه وللبايع المكره ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التى بعده (ولا) ينفذ الشراء الذى (وقع قبله) اي قبل الضمان لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (وان اجاز) المالك المكره (عقدا منها) اي من هذه البياعات (جاز ما قبله) اي ما قبل هذا العقد (ايضا) اي كما جاز ما بعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فعاد الكل الى الجواز وفي الضمان يثبت المستند الى حين القبض لا ما قبله (وله) اي للمشترى

(استرداده) اى الثمن (اذا فسخ) البيع (لو) كان الثمن (باقيا) فى يد البائع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى ولو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لا فعلهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تتبع (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لا يبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الا فى) اى فى حق من (يستضر به) اى بضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجئ به الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالرأى ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح او شرب دم لان الدم من المشروب لا من المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون ماكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سائلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب او حبس او قيد لا يحل) للمكره (التناول) لان هذا لا يكون اكراها ملجئا اذ لا يضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم العمل الا ان يقول لاضربن على عينك او ذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب الاكراه اذ لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس او مال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لا يحل ومن المشايخ من قال اذا تم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غما او على عضو من اعضائه او عينيه بظلمة المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لا حبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل او قطع عضو حل) تناولها لان الاكراه ملجئ فيهما وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار فبقيت على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره (بصبره على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع عن مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقد رجونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى عليه السلام بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر او غيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين

اكرهوا عمارا فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضى الله تعالى عنه قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبتت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لا يصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل ما يوعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والالجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لا عذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الآمرين وتهاهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الآمر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الآمر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (او قطع عضوه) بالقتل او القطع (لا يرخص له) فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله وكذا لو اكره على الزنا لا يرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولا يلزم عليها الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل او قطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا) يجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلا قصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لا تحملها كما فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا

(استرداده) اى الثمن (اذا فسخ) البيع (لو) كان الثمن (باقيا) فى يد البائع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لايأخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى واوذكرهذه المسئلة عقيب قوله لا قولهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تتبع (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لايبالى بمثله عادة فلايعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الا) اى فى حق من (يستضر به) اى يضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجىء به الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لايزاد عليه ولاينقص منه لان المقادير لاتكون بالرأى ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح اوشرب دم لان الدم من المشروب لامن المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون مأكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سائلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب اوحبس اوقيد لايحل) للمكره (التناول) لان هذا لايكون اكراها ملجئا اذ لايضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم التحمل الا ان يقول لاضربن على عينيك اوذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لايوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس اومال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لايحل ومن المشائخ من قال لوذا نعم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور اوبالحبس فى بيت مظلم يخاف على نفسه التلف غما او على عضو من اعضائه او عينيه يظلمه المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لاحبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل اوقطع عضو حل) تناولها لان الاكراه الملجئ بهما وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار فباقية على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره (بصبره على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع عن مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقدر رجونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى عليه السلام بقتل اوقطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر اوغيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين

اكرهوا عمارا فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضى الله تعالى عنه قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبتت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لا يصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل ما يوعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والالجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لا عذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الآمرين وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الآمر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الآمر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (او قطع عضوه) بالقتل او القطع (لا يرخص له) فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله وكذا لو اكره على الزنا لا يرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولا يلزم عليها الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل او قطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا) يجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلا قصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذا العاقلة لا تحملهما فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا

حتما لا على المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص من كل منهما لكون الفاعل مباشرا والحامل متسببا (ولو اكره على ان يردي) اي يرمي (من جبل فعل) اي ردى (فديته على عاقلة المكره) لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه في معنى القتل بالمثقل فالدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وهذا عند الامام (وعند ابي يوسف تجب) الدية (في ماله) اي في مال المكره لان القتل الحاصل بالاكراه لا يوجب القصاص عنده (وعند محمد عليه) اي على المكره (القصاص) لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده فيجب القصاص (ولو اكره بقتله على تردٍّ) اي على سقوط من مكان عال (او اقتحام نار) اي لو اكره بقتل على ادخال نفسه في نار (او ماء وكل) اي كل واحد من هذه الثلاثة (مهلك فله) اي للمكره (الخيار في الاقدام) عليه (والصبر) عند الامام لانه ابتلي ببليتين متساويتين في الافضاء الى الاهلاك فيختار ما هو الاهون في زعمه (وقالا يلزمه الصبر) اي يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه ثم اذا القى نفسه فعلى المكره قصاص لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار في القاء نفسه قيد بالقتل لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام تماما وقيد بقوله كل مهلك لانه لو لم يكن كذلك كان له الاقدام اتفاقا كما في شرح المجمع (ولو وقعت نار في سفينة وكان بحيث ان صبر احترق وان القى نفسه) في الماء (غرق فله) اي لمن ابتلي به (الخيار) بين الصبر والالقاء (عند الامام وعند محمد يلزمه الثبات) وعن ابي يوسف روايتان مع الامام في رواية ومع محمد في رواية وعليه الطحاوي ومحمد فصله واصل هذه المسئلة في السير الكبير ذكره ابن الساعاتي (وان اكره على طلاق) امرأته (او اعتاق) عبده (او توكيل بهما) اي بالطلاق والاعتاق (فعل) اي اعتق عبده او طلق امرأته او وكل بهما فاعتق الوكيل او طلق (نفذ) لان الاكراه لا ينافي الاهلية خلافا للائمة الثلاثة والقياس ان لا تصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله ووجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل وعلى هذا ما وقع في الفوائد الزينية من انه لو اكره على الطلاق وقع الا اذا اكره على ان يوكل به فوكل يجري على القياس لا على الاستحسان تدبر (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق (على المكره) بالكسر في صورة الاعتاق لانه يصلح آلة للحامل نظرا الى الاتلاف لا الى التكلم لان كلامه بالاعتاق لا يصلح آلة للحامل بل اختيار السيد ولذا يكون الولاء للمكره لا للحامل فيضمنه لا لانه واخراجه عن ملكه سواء كان موسرا

او بعضه الا انه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره قيل هذا اذا كان العتق بالقول اما اذا كان بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم لا يرجع المكره بالقيمة لحصول العوض وهو صلة الرحم وفي التجريد ومن اكره على شراء ذى رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمته الف او كان المشترى جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر وعلى المشترى قيمة الف و بطلت الزيادة ولا يرجع على الذى اكرهه بشئ (وكذا) يرجع المكره على المكره في صورة التطليق (نصف المهر) اذا سمى و يرجع على المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم (لو كان قبل الدخول) لان المكره يصلح آلة للحامل في اتلاف المال لا في ايقاع الطلاق لان ما عليه من المهر والمتعة كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد او تقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق كرها وكان هذا تقريرا للمال فيضاف التقرير الى الحامل فكان متلفاله فيرجع الزوج عليه (ولا رجوع) عليه (لو) كان الطلاق (بعده) اى بعد الدخول لان المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول ليس بصنع من المكره وفي الجواهر لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن المكره شيئا وكذا لو اكره على ان يتزوج امرأة قد كان جعلها طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم نصف المهر لم يرجع على من اكرهه بشئ ولو اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك بهبة او صدقة او شراء عتق عليه ولم يغرم الذى اكرهه شيئا ولو ورث مملوكا ضمن الذى اكرهه قيمته استحسانا (وصح يمين المكره) بشئ من الطاعات او المعاصى (و) صح (نذره) اى نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها (و) صح (ظهاره) اى ظهار المكره وهو تشبيه امرأته بظهر امه فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان كل واحد منها لا يحتمل الفسخ فلا يأتى فيه الاكراه (ولا يرجع) المكره على الحامل في الصور الثلث (بما غرم بسبب ذلك) اذ لا مطالب له في الدنيا (و) صح (رجعته) اى لو اكره ان يراجع امرأته فراجعها صح لانها استدامة النكاح (وايلاؤه) بان حلف ان لا يقرب امرأته (وفيئه) اى باللسان (فيه) اى في الايلاء لانه كالرجعة لان كل ما ينفذ مع الهزل ينفذ مع الاكراه (وكذا) يصح (اسلامه) اى اذا اسلم مكرها يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا لانه يعلو ولا يعلى كما في اكثر المعتبرات فبهذا علم ان ما في الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما محمول على جواز القياس لانه يصح في الاستحسان كما في المنح

(لكن لا قتل فيه لو ارتد) بعد الاسلام مكرها لان في اسلامه شبهة دارئة للقتل ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد كما في شرح الكنز (ولا يصح ابراؤه) اي ابراء المكره ديته عن مديونه او عن كفيل مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ كالبيع فالفاعل بعد زوال الكره يصير مخيرا وكذا لو اكره الشفيع على ان يسكت عن طلب الشفعة فسكت لا تبطل شفعته (ولا) تصح (ردته) لما مر من الرخصة في اظهار الكفر اذا اكره بالملجئ (فلا تبين بها) اي بهذه الردة (امرأته) لعدم الحكم بردته وانما قيدنا اذا اكره بالملجئ لانه لو اكره بغيره فقد صحت ردته فتبين امرأته (فان ادعت المرأة) (تحقق ما اظهره وادعى) المكره (ان قلبه مطمئن بالايمان صدق) استحسانا والقياس ان يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة كما في شرح الكنز (ولو اكره على الزنا ففعل) المكره (حد ما لم يكرهه السلطان) لما مر ان الاكراه لا يتحقق من غيره عند الامام فالزنا لا يوجد مع الاكراه (وعندهما لا حد عليه) لما مر ان الاكراه يتحقق من السلطان ومن غيره فلا يحد في صورتين (وبه) اي بقول الامامين (يفتى) اذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحد فان حكم الاكراه لا اختلاف فيه وانما النظر في ان يقع من غير سلطان اولا فان وقع من غيره اكراه ملجئ كما في زماننا يجري على حكمه بلا نكير وقال زفر يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية ولنا ان انتشار الآلة قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم والصبي كما في بعض المعتبرات فعلى هذا اندفع ما قال صاحب الاصلاح من ان مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافي كما ذهب اليه كثير من الناظرين في هذه المسئلة بل على اصل آخر قرره الزاهدي حيث قال ان الاكراه لا يتصور في الزنا لان الوطئ لا يحصل الا بانتشار الآلة والاكراه لا يتصور في الانتشار فكان طوعا فيجب الحد الا ان يكرهه السلطان لان اقامة الحد اليه وهو الذي حمله عليه انتهى لانه ليس على اصل معتبر بل على قول زفر كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وفي التنوير اكره القاضي ليقر بسرقة او قتل رجل بعمد او بقطع يد رجل بعمد فاقر بذلك فقطعت يده او قتل ان كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضي وان متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لا يقتص من القاضي استحسانا لوجود الشبهة صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح والحيلة له فيه من اين اعطي ولا مال لي فاذا قال الظالم بع جاريتك فقد صار مكرها على بيع الجارية

فلا ينفذ بيعها المكره باخذ المال لا يضمن باخذه اذا نوى وقت الاخذ انه يرده على صاحبه والا يضمن وان اختلفا في النية فالقول للمكره مع يمينه

(كتاب الحجر)

المناسبة بين الكتابين ان كل واحد منهما من العوارض التي تزيل سبب الولاية والرضاء وسبب تأخير هذا الكتاب عن الاكراه لان ماتقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه (هو) في اللغة المنع مطلقا اى منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة ومنه سمي العقل حجرا لانه يمنع القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اى لذي عقل وفي العرف عبارة عن منع حكمي كالنهي الا ان التصرف في الحجر لايفيد الملك بحال في البيع وفي النهي يفيده بعد القبض كما في البيع الفاسد فهذا فرق بين الحجر والنهي من حيث الحكم وكذا يفرق من حيث الماهية لان الحجر هو المنع لحق الغير والنهي هو المنع لحق الشرع وفي الشرع (منع نفاذ تصرف قولي) لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي الاترى انه يرد ولايقبل والفعل حسي لايمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع نفاذ تصرف قولي (واسبابه) اى الحجر (الصغر) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له الولي صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) وفي الدرر فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبي غير مميز وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره واحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لايضرب ولايشتم كما يفعل المجنون (والرق) ليس بسبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف مختار كامل الرأي كالحر غير انه ومافي يده ملك المولى فلا يجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضي بفوات حقه اعلم ان الله تعالى شرف البشر بالانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل في الملائكة العقل دون الهوى وفي البهائم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقة لمايقاسي من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهائم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوي النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بالردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر عليهما كيلا يتعلق بهم الضرر باحتيال بعض من يعاملهما وجعل الصبي والجنون سببا للحجر

عليه ما في دينه وحجة بعد ومعلقا على إذنه ثم فرعه بقوله (فلا يصح تصرف صبي او عبد بلا اذن ولي وسيد) لما قررنا قبله هذا لف ونشر مرتب ذكره وسيد بالواو لكان اولى (ولا) يصح (تصرف المجنون المغلوب بحال) ولو اجازه الولي لعدم صحته قيد بالمغلوب اي بالمستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو في حال افاقته كالعاقل (ومن عقد منهم) اي من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) اي يعقل العقد (فوليه مخير بين ان يجيزه) اي العقد (او يفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي والولي ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وعند الائمة الثلاثة لا يصح اجازته (ومن اتلف منهم) اي من المحجورين (شيئا فعليه) اي على من اتلف (ضمانه) بالاجماع لانهم غير محجورين عنها في الافعال (ولا يصح طلاق الصبي او المجنون) ولو قال والمجنون بالواو لكان اولى (ولا) يصح (اعتاقهما) لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره يقتضي ان لا يتعلق باقوالهما حكم وكذلك لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما (ولا اقرارهما) لنقصان عقلهما او عدمه (وصح طلاق العبد) لقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب الا الطلاق (و) صح (اقراره) اي اقرار العبد (في حق نفسه) لكونه مكلفا وانه لا في حق سيده لعدم ولاية العبد عليه ثم فرعه بقوله (فلو اقر اي العبد المحجور (بمال لزمه بعد عتقه) لانه اقرار على غيره وهو المولى لانه وما في يده ملك المولى فاذا اعتق زال المانع هذا اذا اقر المولى واما اذا اقر له به فلا يلزمه شيء وفي الخانية ولو ان صبيا سفيها محجورا استقرض مالا فيعطي صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة وصرف المال في بعض حوائجه لا يؤاخذ به لا في الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام (وان) اقر العبد المحجور (بحد او قود لزمه في الحال) لانه مبقى على اصل الحرية والآدمية في ايجاب الحد عليه وفي حق الدم ولهذا لا يجوز اقرار المولى عليه في الحد والقصاص (ولا يحجر على السفيه) اي لا يحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة (وان) وصلية (كان مبذرا) لانه مخاطب قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدي الى اهدار آدميته وهذا اضر من ضرر الاتلاف (وان بلغ غير رشيد) وهو لا ينفق ماله فيما يحل ولا يمسك عما يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لا يسلم اليه ماله) بالاجماع لقيام اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس

باثر الصبا (حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه) ماله عند الامام (وان) وصلية (لم يؤنس رشده) لان هذا السن لا ينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم في الشرع للغلبة (وان تصرف) السفيه (فيه) اى في ماله (قبل ذلك) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين (نفذ) تصرفه لعدم الحجر عنده كما ذكر (وعندهما) والائمة الثلاثة (يحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله ما لم يؤنس رشده ولا يصح تصرفه) اى تصرف السفيه (فيه) اى في ماله بسبب سفه في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق والعتاق ولا عن الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لا يجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذ الامر بالدفع عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان علة المنع هى السفه فيبقى المنع مادامت العلة باقية فلا يكون للزمان دخل هنا وفي التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى ثم فرعه بقوله (فان باع) المحجور (لا ينفذ) بيعه لانه محجور عندهما وفائدة الحجر عدم النفاذ (وان) كان (فيه) اى في بيعه (مصلحة) بان كان بمثل القيمة اوكان رابحا وكان الثمن باقيا في يده (اجازه الحاكم) وان كان الثمن اقل من القيمة اوكان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده وان باع قبل حجر القاضى جاز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز (وان اعتق) عبدا (نفذ) عتقه عندهما لان كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (وسعى العبد في قيمته) اى اذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لانه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وفي قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر) عبده (صح) تدبيره لانه يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا تجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه (وان مات المولى) (قبل رشده) اى قبل ان يؤنس منه الرشد (سعى العبد في قيمته مدبرا) لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه في حيوته فعليه السعاية في قيمته مدبرا

لان الحق لا فاء تمهراً كما وأحنفه يعد الصدر وفي شرح الكنز للزيلعي وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والامة ام ولد له ولا يسعى هي ولا ولدها في شيء بخلاف ما اذا اعتقها من غيران يدعي الولد وان لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت في كل قيمتها كالمريض اذا قال لامة وليس معها ولد فقال هذه ام ولدي (ويصح تزوجه) اي تزوج السفيه ملابساً (بمهر المثل) وانما صح نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولا يؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فلزمه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته كما في اكثر الكتب لكن ان ما هو من ضرورات صحة النكاح مقدار ما يصلح من المهر لا قدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) اي من مهر المثل (بطلت الزيادة) لان ما زاد عليه ملتزم بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج اربعاً او تزوج كل يوم واحدة فطلقها كما في الدين (ويخرج) مبني على صيغة المبني للمفعول من الافعال (زكوة مال السفيه) لانه واجب عليه حقاً لله تعالى (وينفق منه) اي من ماله (عليه وعلى من تلزمه نفقته) من اولاده وزوجته وسائر من يجب عليه نفقته لان احياء هؤلاء من حوائجه الاصلية حقاً للقرابة والسفه لا يبطل حق الله تعالى ولا حق الناس (ويدفع القاضي قدر الزكوة) من ماله (اليه) اي الى السفيه (ليؤدي بنفسه) ويصرفها الى مصرفها لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل بنفسه هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بالنية (ويوكل) اي القاضي (امينا الى ان يؤديها) كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة الى امينه ليصرفه الى مستحقها لانه لا يحتاج فيه الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين (فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها) اي من الحجة لانها واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه وفي المراتب هو ملحق بالمصلح وغير السفيه اذ لا تهمة فيه (ولا) يمنع (من عمرة واحدة) والقياس ان يمنع لانه تطوع كالحج تطوعاً وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطاً وكذا لا يمنع من ان يسوق البدنة تحرزاً عن موضع الخلاف ولا يمنع من القران وان جنى في احرامه ينظر ان كانت جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية لا يجري فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحاً بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالاً والعبد المأذون له في الاحرام

وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم تأخر الى ان يصير مصلحا (وتدفع نفقته) اى نفقة السفيه فى طريق الحج والعمرة (الى ثقة) من الحجاج (ينفق اليه) اى الى السفيه (فى الطريق) بالمعروف (لا) تدفع (اليه) كيلا يبذر ولا يسرف (وتصح منه) اى من السفيه (الوصية فى القرب) جمع قربة (وابواب الخير) من الثلث ان كان له وارث والقياس انها لاتصح لانها تبرع لكنا استحسنا ذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى وهو يحتاج اليها سيما فى هذه الحالة وفيه اشارة الى انه اذا اوصى بما يستقبحه المسلمون فلا ينفذ كما فى التبيين (ويحجر على المفتى الماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان علم المرأة الارتداد لتبين من زوجها وبان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالى ان يحرم حلالا و يحل حراما (والطبيب الجاهل) هو الذى يسقى الناس فى امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه فيفسد ابدان المسلمين (والمكارى المفلس) لانه يأخذ الكراء اولا ليشترى به الجمال والظهر ويدفع الى بعض ديونه فيعوق المسلمين من نحو الحج والغزو (اتفاقا) قيد للثلاثة جميعا لان منع كل واحد منهما دفع ضرر العامة اذا المفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يهلك ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فيحجر هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (ولا يحجر على فاسق) سواء كان اصليا اوطاريا (ومغفل اذا كان) كل واحد منهما (مصلحا لماله) لان حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لانه تعالى علق الدفع بعلم رشد واحد لانه نكرة فى الاثبات فيكون اقله كافيا فالمراد هو الرشد فى المال لافى الدين بكسر الدال والا يلزم الرشدان ولو كان الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب اليه احد وعند الشافعى يمنع زجرا له وعقوبة عليه وان كان مصلحا لماله ولذا لايكون الفاسق اهلا للولاية والشهادة عنده وفى المنح ولو ان قاضيا حجر على مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فاطلقه ورفع عنه الحجر فاجاز ما صنع جاز اطلاق الثانى لان قضاء الاول كان فى فصل مجتهد فيه وهذا اختلاف فى نفس القضاء ولان الحجر الاول لم يكن قضاء لعدم المقضى عليه فينفذ قضاء الثانى فهو بمنزلة مالو قضى وهو محجور عليه فاذا اطلقه الثانى صح اطلاقه وليس للقاضى الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر وكذا لايحجر من له غفلة شديدة عند الامام لانه ليس بمفسد ماله ولا يقصده لكنه لايهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وعندهما

فيمنع القاضي عن التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلثة كما في اكثر المعتبرات لكن المص لم يذكر الاختلاف في المتن بل اتى بصورة الاتفاق لكنه قد ذكر الخلاف في ذكر السفه للمشاركة في اتلاف المال اولعدم اعتداد مؤاهما في هذه المسئلة تتبع (ولا) يحجر (على مديون) وان طلب الحجر غرماؤه عند الامام لان المنع من التصرف بطلب الغرماء يبطل اهليته والحاقه بالبهائم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص (ولا يبيع القاضي ماله) اى مال المديون (فيه) اى في الدين لان تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا (بل يحبسه) اى القاضي لبيع ماله (ابدا حتى يبيعه) اى المال (هو) اى المديون (بنفسه) فيكون الحبس لقضاء الدين لا لاجل البيع لان قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس الا ان قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود اظهر من قدرته عليه بالاستقراض ونحوه وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه (فان كان) والاولى بالواو (ماله) اى مال المديون (من جنس دينه) كالدراهم (اداه) اى الدين (الحاكم منه) من جنس الدراهم بالاجماع لان للدائن الاخذ بلا رضاء المديون عند المجانسة فالقاضي اذا قضى دينه لا يلزم حجره عند الامام لان قضاء الدين من القاضي اعانة (ويبيع احد النقدين بالآخر استحسانا) بالاجماع وفي القياس لا يبيع الدراهم بالدنانير ولا الدنانير بالدراهم للاختلاف في الصورة ولا يأخذ رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية ولذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (يحجر عليه) اى على المديون (ان طلب غرماؤه) الحجر عليه (ويمنع من التصرف) الذي يضر بالغرماء (و) يمنع من (الاقرار) اى اقرار الدين لغيرهم حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقوقهم ومعنى قولهما ويمنع من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه كما في الهداية (ويبيع الحاكم ماله) اى مال المديون الحاضر ليؤدي الدين من ثمنه لانه لو كان غائبا لا يبيع ماله اتفاقا (ان امتنع) من بيعه (ويقسمه) اى يقسم ثمنه (بين غرمائه بالحصص) اذا لم يف بحق عليه فبابائه ناب عنه الحاكم كما في المجبوب اذا امتنع عن المفارقة فرق الحاكم بينهما والاصل ان من امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه وهو مما يجري فيه النيابة ناب القاضي منابه كذا في اسلم عبده وابى ان يبيعه باعه القاضي عليه (وان اقر حال حجره) بمال (لزمه) ذلك المال (بعد قضاء ديونه) لا في

احتال) لان المديون لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا يزاحم لكن ينفذ اقراره على نفسه وفيه اشارة الى انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه لان حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد والى انه لو استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما في يده لانه مشاهد وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود فله ان يشاركهم فيه (وينفق من مال المفلس عليه وعلى من تلزمه نفقته) كاولاده الصغار وزوجته وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء (والفتوى على قولهما في بيع ماله لامتناعه) من البيع كما في الاختيار (وتباع النقود) جملة مستأنفة استئنافا بيانيا كان قائلا قال اذا كان الفتوى على قولهما في بيع ماله فاى ماله يباع اولا فاجاب بقوله وتباع النقود اولا (ثم) تباع (العروض ثم العقار) وقيل يبدأ القاضي بيبع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم بيع العقار فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فينبغي له ان ينظر للمدين كما ينظر للمداين فيبيع ما كان النظر اليه وبيع ما يخشى عليه التلف انظر له (ويترك له) اى للمديون (دست من ثياب بدنه) ويباع الباقي لان به كفاية (وقيل) يترك له (دستان) لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه وكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمن الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه كما في التبيين (ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه) اى من الرجل فقبضه من البايع بعد الشراء باذنه والمتاع قائم بيده (فرب المتاع اسوة الغرماء فيه) اى في المتاع فيبيع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا فيقسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص كما في القهستاني قيدنا القبض بعد الشراء بالاذن لانه ان افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بايعه كان للبايع استرداده وحبس المبيع بالثمن وقال الشافعي البايع اولى سواء كان قبل القبض او بعده

(فصل)

في بيان احكام البلوغ (يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والانزال او الاحبال) اى بجعل المرأة حبلى (وبلوغ الجارية بالحيض او الاحتلام او الحبل) بفتحتين

وما لايكون بلا انزال . فهما ولذا لم يذكر الانزال في الجارية قيل وجه عدم الذكر فيها انه امر باطني لايعلم منها كما يعلم من الصبي وفي الدرر والاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن ضمه ما ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ وفي التسهيل على هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الانزال فحينئذ ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام وفي العمادية في عدم كون الحيض لا مع الانزال كلام تدبر انتهى لكن يمكن ان الحيض لا يوجد الا عن حمل عادة وذا يكون بعد الانزال (فان لم يوجد شيء من ذلك) اي من اسباب الحكم ببلوغهما (فاذا تم له) اي للغلام (ثماني عشرة سنة) يحكم ببلوغه (و) اذا تم (لها سبع عشرة سنة) يحكم ببلوغها عند الامام لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده . واشد الغلام على ماقاله ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ومن تبعه ثماني عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون وقيل خمس وعشرون فوجب ان يدار الحكم على القول الاول الا الاحتياط الا ان الجارية اسرع بلوغها من الغلام فنقص فيها سنة (وعندهما) والائمة الثلاثة (اذا تم خمس عشرة سنة فيهما) اي في الغلام والجارية (وهو رواية عن الامام وبه يفتى) لان علامة البلوغ لا تتأخر عن هذه المدة فيهما غالبا (وادنى مدته) اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوها (له) اي للغلام (اثنتا عشرة سنة ولها) اي للجارية ادنى المدة (تسع سنين) كذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا وبالسمع (واذا راهقا) اي قربا بالبلوغ (وقالا قد بلغنا صدقا) في دعواهما ان لم يكذبهما الظاهر المأتي في الخانية صبي اقر انه بالغ وقاسم وصي الميت قال ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الصبي مراهقا قبل قوله وتجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لا يحتلم لا تجوز قسمته ولا يقبل قوله لانه يكذبه الظاهر . ومن هذا اي بعد ثنتي عشرة سنة اذا كان بحال لا يحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لا يقبل قوله (وكانا) اي الغلام والجارية (كالبالغ حكما) اي احكامهما حكم البالغين لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فقبل فيه قولهما بالضرورة

(كتاب المأذون)

ايراد المأذون بعد الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وفي اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع (الاذن فك الحجر) الثابت شرعا (واسقاط الحق) مطلقا سواء كان حق الصبي او المعتوه او حق مولى عبد وقد ذهب البعض الى تخصيص الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف والخدمة

لمولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فاذا اسقط المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولا يقدر الى دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر فيأخذ من كسب عبده كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى الدرر والاذن نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته والنوع الثانى اذن الصبى والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما (ثم يتصرف العبد) بعد ذلك لنفسه (باهليته) القديمة فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر (ولا تلزم) تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته (سيده عهدة) اى عهدة التصرف كما اذا اشترى شيئا ولم يؤد ثمنه يطلب منه الثمن ولم يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لا لسيده والوكيل عكس هذا اذ الثمن يطلب من الموكل لا من الوكيل (ولا يتوقت) الاذن بزمان ولا مكان (فلو اذن له) اى للعبد (يوما) ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر والسنة اومكانا (فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه) لان الاسقاطات لا تتوقف فان قيل ينبغى ان لا يكون له ولاية الحجر لان الساقط لا يعود قلت بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل الا ان الساقط يعود وفيه اشعار بان تعلق الاذن بالشرط جائز كاضافته الى المستقبل كما فى القهستانى (ولا يخصص) بنوع من التجارة (فاذا اذن فى نوع من التجارة كان مأذونا فى سائر الانواع) حتى لو اذن بشراء الخز ونهى عن شراء البر كان اذنا بشراء البر وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى التصرف فى غير الخز والسيد عالم به فان قلت انه ازال الحجر فى حق تصرف خاص قلت نعم الا انه يوجب الرضاء بتعطيل منافعه مطلقا والتخصيص لغو كما فى القهستانى وقال زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيده به المولى وبه قال الشافعى واحمد (ويثبت) الاذن (صريحا) كما اذا قال لعبده اذنت لك فى التجارة (ودلالة بان رأى عبده يبيع ويشترى فسكت) ولم ينهه منه فسكوته اذن له فى التجارة بخلاف سكوت القاضى فانه ليس باذن لكن لا يكون مأذونا فى ذلك الشئ لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشئ خارج عن ذلك الشئ (سواء كان البيع للمولى او لغيره بامره او بغير امره) بيعا (صحيحا او فاسدا) وفى التبيين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا

وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لا يبطل رهن المرتهن اه لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الهداية وقاضيخان بان يقال ان مراد قاضيخان بقوله لم يكن ذلك اذنا له هو ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اه فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت لا محالة وكذا يؤيده ماقاله القهستاني في هذا المحل نقلا عن الذخيرة فانه يصير مأذونا فيما يستقبل فيصح تصرفاته فيه لا فيما يبيع من مال سيده في الحال لانه لا بد فيه من الاذن الصريح بخلاف ما اذا اشترى من ماله فعلى هذا ان مافي الدرر في هذا المحل محل تأمل تأمل وعند زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما رآه يبيع او يشترى لانه يحتمل الرضى والسخط فلا يثبت بالشك ولنا ان العادة قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس (والمأذون) خبر مقدم (اذنا عاما لا بشراء شيء بعينه او) شراء (طعام الاكل او) شراء (ثياب الكسوة) يعني ان العبد الذي قال له مولاه قد اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شيء بعينه او بشراء طعام الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة (ان يبيع) مبتدأ مؤخر (ويشترى) لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارات واما اذا امره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر كما في شرح الكنز للعيني وفي القهستاني اذا قال له اذنت لك في التجارة اي في كل تجارة او قال له اشتر لي ثوبا وبعه او قال له آجر نفسك من الناس فانه صار مأذونا لانه امر بالعقود المتكررة بخلاف ما لو قال اشتر لي ثوبا للكسوة او آجر نفسك من فلان في عمل كذا فانه لم يصر مأذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما فلو لم يصح للاستخدام صار مأذونا وان امره بعقد واحد كما اذا غصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه صار مأذونا لانه لم يمكن ان يجعل استخداما للسيد وهذا ظاهر ولا للمالك لانه لم يعمل له وعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسائل كما في الذخيرة (ويوكل بهما) اي له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (و) له ان (يسلم) اي يجعل نفسه رب السلم (و) له ان (يقبل السلم) اي يجعل نفسه المسلم اليه لانهما من توابع التجارة (و) له ان (يرهن ويرتهن) لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة (ويزارع) اي له ان يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانها من عمل التجارة (و) له ان (يشترى بذرا يزرعه) لانه يربح (و) له ان (يشارك

عينا) لانه وكالة وليس ان يشارك مفاوضة لانها كفالة (و) له ان (يتأجر) الاجير والبيت وغيرهما (ويوجر ولو) وصلية (نفسه) فان اجارة نفسه بيع منافعه وليس كبيع نفسه فيملك التصرف وعند الائمة الثلاثة ليس له ذلك لان ذلك تصرف في نفسه فلا ينتظمه الاذن (و) له ان (يضارب) يأخذ المال مضاربة (ويدفع المال مضاربة) لانه ان دفع يكون مستأجرا وان اخذ يكون موجرا نفسه وهما من التجارة (و) له ان (يبضع) اى يدفع المال بضاعة يعنى له ان يعطى رجلا قدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له (و) له ان (يعير و) له ان (يقر) بدين اذ لو لم يجز الاقرار لم يعامله احد فيكون من اوازم المعاملة سواء صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا او لا هذا اذا كان اقراره فى صحته وان كان فى المرض قدم غرماء الصحة كما فى الحر وعند الائمة الثلاثة بدين معاملة فقط واذا اقر لزوجته ووالده وولده بطل عند الامام خلافا لهما (بوديعة) لان الايداع وقبول الوديعة من عادة التجارة فله ان يقر بها (وغصب) لان ضمان الغصب مفاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله ان يقر به (ولو باع او اشترى بغبن فاحش جاز) عند الامام لان المأذون متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش ولو نهى عن البيع بالغبن الفاحش كما فى المنح (خلافا لهما) لان الحق من الاذن الاسترباح والعقد بالفاحش اتلاف فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز قيد بالفاحش لان بيعه وشراءه بغبن يسير جائز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه (ولو حابى) العبد المأذون اى باع شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضاء (فى مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن عليه) اى على المأذون (دين) فينفذ وان زادت المحاباة على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) بعد الدين يعنى يؤدى دينه اولا فما بقى يكون المحاباة من جميعه لان الاقتصار فى الحر على الثلث ولا وارث للعبد والمولى وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين (وان لم يبق) شئ بعد الدين بان كان محيطا بما فى يده (ادى المشترى جميع المحاباة او رد المبيع) اى يقال له ادجميع المحاباة والا فاردد البيع كما فى الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما فى التبيين (وله) اى للمأذون (ان يضيف معامله) لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب وفى البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان فى يده عشرة آلاف درهم فعشرة يسير ولو عشرة دراهم فى يده فبدانق يشيره (و) له (ان يحط من الثمن) قدر ما يحط التجار لانه لا يملك ان يحط من الثمن اكثره

في العادة لانه تبرع بعد تمام العقد (بعيب) اي بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجار قيد بالعيب لانه لا يحط بدونه لانه تبرع (و) له (ان ياذن لرقيقه في التجارة) لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والوصي ولا يجوز للام والاخ والعم لانهم ليس لهم ولاية التجارة كما في الاختيار (لا ان يتزوج) اي ليس للمأذون ان يتزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب التجارة ولا ان يتسرى جارية اشتراها وان اذن له مولاه كما في جواهر الفقه (او يزوج عبده) لان التزويج ليس بتجارة ولا ولاية له في ذلك الا باذن المولى (وكذا) لا يزوج (امته) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فان عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها ولهما ان الاذن لا يتناول غير التجارة وقد مر ان التزويج ليس منها (ولا ان يكاتب) رقيقه لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة مال بمال وبدل الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (او يعتق ولو) وصلية (على) بمال لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم يملك هذا لا يملك الاعلى ولانه ليس بحر فلا يملك التحرير وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء (او يقرض) اي ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتداء (او يهب ولو) وصلية (بعوض) لانها من التبرعات (او يهدي) اي ليس له الاهداء (الا) اهداء الشيء (اليسير من الطعام) كالرغيف ونحوه لاستجلاب القلوب لا الدراهم والدنانير (والمحجور لا يهدي اليسير ايضا) لعدم الاذن (وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى) العبد (المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه) على ذلك الطعام (للاكل معه فلا بأس به) لعدم ظهور الضرر على المولى (بخلاف ما لو دفع اليه) اي الى العبد المحجور (قوت شهر) لان في اكلهم حينئذ ضررا بينا للمولى (قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأي الزوج لانها غير ممنوعة من قبله عادة وهذه المسئلة ليست من مسائل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هي كونها مأذونة عادة وفي اكثر الكتب والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة (ويلزم المأذون من الدين بسبب تجارة او ما في معناه) اي في حكم التجارة (كبيع وشراء) نظير للتجارة قيل صورة وجوب الدين بالبيع والشراء ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن في يده (واجارة واستئجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها ووطئها فاستحقت) نظير لما هو في معنى

التجارة قبل صورة وجوب الدين بالاجارة ان يأخذ المأذون الاجرة معجلا ثم يهلك المستأجر او يستحق قبل تمام المدة (يتعلق) ذلك الدين (برقبته) اى المأذون وفيه اشعار بانه اوباع مولاه بعد الدين كان باطلا فقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة الغرماء وقيل انه فاسد لانه لواعتقه المشترى بعد القبض يصح ولزمه قيمته فلايكون موقوفا كما فى القهستانى (فيباع فيه) اى يبيع القاضى المأذون مرة فى ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه اونائبه وان لم يرض بذلك مولاه (ان لم يفده) اى الدين (المولى) وقال زفر يتعلق بالكسب لابالرقبة لانه مأذون فى التجارة لافى التصرف فى رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال لم يكن لاتفويت مال قد كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه لجناية لاتعلق لها بالاذن وبه قال الشافعى ومالك وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا انه ظاهر فى المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر فى حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحل اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس (ويقسم) القاضى (ثمنه) اى ثمن العبد (وما فى يده) اى يد المأذون (من كسبه) بين الغرماء (بالحصص) اى بمقدار نصيب دين كل واحد منهم لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون فى الاستيفاء من البدل كما فى التركة (سواء) كان (كسبه) اى كسب المأذون ما فى يده (قبل الدين اوبعده اواتهبه) وحاصله سواء كان كسبه قبل الدين اوبعده بالمبايعة او بقبول الهبة وفيه اشعار بانه يشترط حضور المأذون فى بيع كسبه لانه الخصم فيه ولايشترط رضاه ولاحضور مولاه (وما بقى عليه) اى على العبد من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه (يطالب به بعد عتقه) ولايطالب به للحال اذ لهم الخيار فى القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية لافى الجمع بينهما ولافى الطلب من المولى لانقطاع تعلقه به (وما اخذه سيده منه) اى من كسبه (قبل) ظهور الدين (لايسترد) لانه اخذه حين كان فارغا عن حاجة العبد فخلص له بمجرد القبض (وله) اى للمولى (اخذ غلة) اى اجرة (مثله مع وجود الدين) يعنى لوكان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين يكون له اخذ غلة بعد وجود الدين مثل ما اخذ قبل الدين استحسانا والقياس ان لايأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يترك على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب (والزائد عليها) اى على غلة مثله (للغرماء) لعدم الضرورة فيه

وتقسم حقوقهم (و يحجر) المأذون غير المدبر (ان ابق) لان الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ماذكر شيخ الاسلام خواهر زاده و كذا ينسخ بقاءه فلايلزم شئ من تصرفاته كالعم وعند زفر والائمة الثلاثة يبقى مأذونا لان الاباق لاينافي ابتداء الاذن فلاينافي دوامه وهل يعود الاذن ان عاد من الاباق فالصحيح انه لايعود وفي القهستاني اوان اذن الآبق لم يصح الاذن لكن في الهداية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن العبد المغصوب فانه قد صح لانه لايبطل اذنه به وفصل في الذخيرة بانه ان اقر الغاصب او كان للمالك بينة حاضرة عادلة فقد صح الاذن والافلا (او مات سيده اوجن مطبقا اولحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك اولم يعلم اما الموت فلانه يزيل الملك واما الجنون فلانه يزيل الاهلية واما اللحاق فلانه موت حكما (اوحجر عليه) اى يصير محجورا ان حجر المولى عليه بان قال حجرتك عن التصرف او بايصال خبر الحجر اليه بشرط ان يعلم المأذون حجر نفسه الاحتراز عن الضرر وقضاء الدين بعد الحرية (وعلم به اكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان الاكثر قائم مقام الكل هذا اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم الا العبد فيكفي علمه بحجره وقال الشافعي حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وبه قال مالك واحمد (و) تحجر (الامة) المأذونة (ان استولدها سيدها) عندنا استحسانا لانه يمنع عن ان تخرج الى الناس لتعامل معهم فيكون لاستيلاد احصانا دالاعلى الحجر عادة الا اذا اذن لها صريحا وهو يفوق دلالة وقال زفر لايصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح ان يأذن لام ولده والبقاء اسهل وبه قالت الائمة الثلاثة (لا) تحجر الامة المأذونة (ان دبرها) المولى وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما) اى في الاستيلاد والتدبير لانه اتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء وهو الرقبة المحبوسة عنده لانه بفعله امتنع بيعهما و بالبيع يقضي حقهم وعند الائمة الثلثة لايضمن (واقراره) اى المأذون وهو رفع بالابتداء (بعد الحجر بدين او بان ما في يده امانة لغيره (اوغصب) منه (صحيح) فيقضي مما في يده لامن رقبته لانها ليست من كسبه بل من كسب مولاه هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لايصح اقراره وهو القياس لان المصحح هو الاذن وقد زال و به قالت الائمة الثلثة وجه الاستحسان ان المصحح هو اليد وهي باقية حقيقة و بطلان اليد حكما بالحجر فراغ مافي يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها (وان استغرق دينه) اى دين المأذون (رقبته ومافي يده لايملك سيده مافي يده) من الاكتساب عند الامام ثم فرع عليه بقوله (فلواعتق عبدا مما في يده لايعتق) عند الامام

(وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (يملك) السيد مافي يده (فيصح عتقه) في عبده و يغرم قيمته للغرماء لوجود سبب الملك في كسبه وهو كونه مالكا رقبته ولهذا يحل وطئ المأذونة وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته و المحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وقال صاحب المنح ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق ولو كان المولى يملك مامعه لعتق ولو اتلف المولى مافي يده من الرقيق ضمن لانه اتلف مالا يملكه ولو كان المولى يملك مامعه لم يضمن (وان لم يستغرق) دينه رقبته (صح) اعتاق عبده (اتفاقا) اما عندهما فظاهر واما عنده فلانه لايعرى عن دين قليل فلوجعل مانعا لايبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض من الاذن (و يصح بيعه) اي بيع هذا المأذون (من سيده بمثل القيمة) او اكثر لانه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيصح (لا) يصح بيعه (باقل) من القيمة ولو يسيرا لان حق الغرماء تعلق بالمالية وليس له ان يبطل حقهم اما لو كان دينه اقل بحيث لايحيط فجاز بيعه باقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء وفي القهستاني وهذا عنده واما عندهما فبيع من سيده مطلقا الا ان السيد مخير بين ازالة الغبن وبين نقض البيع و يبيع من اجنبي بالغبن اليسير لا الفاحش وقيل الصحيح ان قوله كقولهما كما في الكافي (و) يصح (بيع سيده منه) اي من هذا المأذون (بمثلها) اي بمثل القيمة و بالاقل منها لايصح لان المولى اجنبي عن كسب عبده اذا كان عليه دين فالكلام فيه لانه لايملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما مالم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد كما في التبيين (لا) يصح (بالاكثر) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (فلو باع) المولى منه (باكثر) من قيمة المثل (يحط المولى (الزائد) من القيمة (او ينقض البيع) صيانة لحق الغرماء كما في المبسوط بلا ذكر الخلاف لكن في المحيط وغيره انه عندهما واما عنده فالبيع فاسد وان اسقط المحاباة و كان الغبن يسيرا كما في القهستاني (فان سلم سيده اليه) اي الى العبد (المبيع قبل نقد الثمن سقط) عن ذمة هذا المأذون (الثمن) اي ثمن مبيع باعه سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه من العين فلم يبق له حق الا في الدين مع ان المولى لايستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فلكه بدعنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به و بخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لايسقط الثمن كما في

الشين وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد المشتري ويحبسه حتى يستوفي الثمن (وله) اى المولى (ان لا يسلمه) اى المبيع (حتى يأخذ ثمنه) لان البيع لا يزيل ملك اليد مالم يصل اليه الثمن فيبقى المولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولذا يكون اخص من سائر الغرماء (ويضمن السيد للغرماء (باعتاقه) العبد (المأذون) حال كونه (مديونا الاقل من قيمته) اى العبد (ومن الدين) اى ان كانت قيمة المأذون اقل من الدين ضمن سيده للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين لان حق الغرماء ليس الا فيه وقد وصلوا اليه وصار هذا كالراهن المعتق الراهن المرهون (وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا) اى للغرماء ان يطالبوه بعد عتقه لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعي يؤخذ من كسبه والا طولب بعد عتقه قيل الغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المعتق بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين (وان باعه) المولى (وهو) اى العبد المأذون (مديون مستغرق) رقبته (وغيبه مشتريه) اى جعله المشتري بعد قبضه غائبا (فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه) اى ان شاء الغرماء اجازوا البيع واخذوا ثمن المبيع لا يضمنون احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (او تضمين اى شاؤا من السيد والمشترى قيمته) اى قيمة العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري والعاقد بقبوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضي المولى دونهم (وان ضمنوا السيد) اى ان اختاروا تضمين قيمته اياه (ثم رد عليه) اى رد المشتري العبد على البائع قضاء (بعيب) اى بسبب عيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته (رجع) المولى (عليهم) اى على الغرماء (بالقيمة وعاد حقهم) اى الغرماء (في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل شيء من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية (وان باعه) المولى (و) الحال انه قد (اعلم) المشترى (بكونه مديونا فللغرماء رد البيع ان لم يصل ثمنه اليهم) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه (وان وصل) ثمنه (اليهم ولا محاباة

فى البيع فلا) اى فليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم فينفذ البيع لزوال المانع هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لايفى بدينهم فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم (فان غاب البايع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى (فالمشترى ليس خصما لهم ان انكر المشترى (الدين) عند الطرفين (وعند ابى يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له واما اذا كان البايع حاضرا والمشترى غائب فالحكم كذلك اجماعا (ومن قال) عند قدومه مصرا (انا عبد فلان فاشترى وباع) ساكتا عن اذنه وحجره اوغير ساكت (فحكمه كالمأذون) بناء على ان امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس اولان تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن (الا انه لايباع فى الدين) لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن لان المدبر المأذون اذا لحقه الدين لاتباع رقبته اذ الدين لم يظهر فى حق المولى لان الغرور والضرر ليس من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد عتقه (مالم يقر سيده باذنه) يعنى اذا حضر المولى وقر باذنه اواثبت الغريم اذنه على وجه المولى فيباع العبد المأذون

(فصل)

فى بيان حكم الصبى والمعتوه (تصرف الصبى ان نفع) بلا ضرر اصلا (كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن) اى بلا توقف على اذن الولى لكونه اهلا ولو على القصور (وان ضر) اى ان كان تصرفه ضارا (كالطلاق والاعتاق فلا) يصح (ولو) وصلية (باذن) لانعدام الشرط فيه وهو الاهلية الكاملة (وان احتملهما) اى النفع والضر (كالبيع والشراء صح بالاذن) اى باذن الولى (لابدونه) اى الاذن علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام رأى الولى فى المتردد بينهما وعند الشافعى لايصح تصرفه باجازة الولى ولذا لايصح اسلامه (فاذا اذن للصبى فى التجارة ابوه اوجده عند عدمه) اى عدم الاب (اووصى احدهما) اى وصى الاب اوالجد

ثم بعد موته وصي الاب وان لم يكن فالجد ابو الاب ثم وصي الاب مقدم على الجد
وترتيبه ابوه ما دام حيا حاضرا وبعد موته وصيه المختار ثم وصي وصيه
كذا في القهستاني ثم جده هو ابو الاب ثم وصيه ثم وصي وصيه (او القاضي)
اي ثم القاضي او من يقوم مقامه دون الام ووصيها وصاحب الشرط
(وحكمه) اي حكم هذا الصبي (حكم العبد المأذون) في جميع ما ذكرنا من
الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة ويكون مأذونا بسكوت الولي حين
يراه يبيع ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش
عنده خلافا لهما (بشرط ان يعقل انه البيع سالب للملك والشراء جالب له)
اي للملك وزاد الزيلعي عليه وان يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش
(ولو اقر) الصبي (المأذون) بالتجارة من قبل الولي (بما في يده من كسبه)
من دين او عين اوديعة او غيره لانه من تمام التجارة ولو لم يصح لا يعامله الناس
(وارثه) اي بما ورث عن ابيه او غيره (صح) اقراره في ظاهر الرواية لان الحجر
ارتفع بالاذن فصار كالبالغ (وعن الامام انه لا يصح في الارث) لان الحاجة
في صحة الاقرار بما في يده الحجة اليه في التجارة ولا حاجة في الموروث (والمعتوه)
الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبي) في جميع هذه
الاحكام وفي البحر تفصيل فليراجع (وصح اذن الوصي او القاضي لعبد اليتيم)
لان لهما تصرفا في مال اليتيم والاذن منه

(كتاب الغصب)

وكان المناسب ايراده بعد كتاب الحجر لما بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضه
ان ايراد المأذون بعد الحجر اولى في المناسبة لما تقرر من انه فك الحجر فاورده بعده
كما في المنح وهو في اللغة اخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى
يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم يقال غصبه منه وغصبته عليه وقد يسمى
المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وفي الشرع (هو) اي الغصب (ازالة
اليد المحقة) اي التي لها حق (باثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل
للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية وهذه القيود لا بد منها لان قولنا في مال عن ازالة
حبس لكونه شاملا مع انه احتراز عن ميتة وحر وقولنا متقوم احتراز عن
خمر مسلم وقولنا محترم احتراز عن مال الحربي وقولنا قابل للنقل احتراز عن
العقار فان غصبه غير متصور خلافا لمحمد وعنده الغصب تفويت يد المالك
لا غير وعند الائمة الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير وفائدة الخلاف في زوائد المغصوب
كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة

وقولنا بغير اذن مالكه احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه كالوديعة وقولنا لا بخفية احترازعن السرقة ثم اشار الى الخلاف بقوله (فاستخدام العبد) اى عبد الغير (بغير اذنه وحمل الدابة) اى دابة الغير بغير اذنه (غصب) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لا الجلوس على البساط) لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذ البسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن اخذا وعند الائمة الثلثة الجلوس ايضا غصب (وحكمه) اى الغصب (الاثم ان علم) انه مال الغير وان ذلك الفعل غصب واقدم عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان ولا اثم اذ الخطأ مرفوع (ووجوب رد عينه) اى عين المغصوب (فى مكان غصبه) الغاصب اياها لاختلاف القيم باختلاف الاماكن (ان كانت) العين (قائمة) بقوله صلى الله تعالى عليه وسلم على اليد مااخذت حتى ترد اى يجب على اليد الغاصب رد ما اخذت حتى ترد فاذا ردت سقط وجوب الرد (والضمان لو هلكت) اى العين سواء علم اولم يعلم وسواء هلك او اهلك لانه حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده (ففى المثلى) وهو مايوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت يعتد به كما فى اكثر الكتب لكن يشكل بنحو التراب والصابون فانه قيمى (كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب) اى مالا تفاوت احاده فى القيمة (يجب مثله) لان هذا الواجب ضمان جبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلى لانه اعدل واكمل ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد القيمة ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولواتى بالقيمة اوالمثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدرى انه ملكه وفى الاطعام خلاف الشافعى كما فى شرح الكنز للعينى (فان انقطع المثل) عن ايدى الناس (يجب قيمته يوم الخصومة) والقضاء عند الامام لان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار اصلا فى ضمان العدوان وقاصر وهو المثل معنى هو القيمة وضمان القاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لكونه خلفا عنه ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء ولذا لو صبر المالك الى مجئ اوانه كان له ان يطالب بالمثل الكامل وبه قال مالك واكثر الشافعية وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التحفة (وعند ابى يوسف يوم الغصب) لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وفى القهستانى هو اعدل الاقوال كما قال صدر الشريعة وهو المختار على ما قال صاحب النهاية (وعند محمد يوم الانقطاع) لانه صار الآن كالذى لا مثل له وبه قال احمد

وعند الشافعية وبه افتى كثير من المشايخ كما في القهستاني وفيه كلام لان يوم الانقطاع عند ابي يوسف وقول محمد لا يحفظ (وفي القيمي كالعددي المتفاوت) كالثياب والدواب والمثلي المخلوط بخلاف جنسه (نحو البر المخلوط بالشعير) والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية فحمله مادام باقية الى اصله كالقمقم والقدور والابريق (تجب قيمته يوم الغصب اجماعا) لانه لا مثل له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر المعنى وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان وقال مالك يضمن مثله صورة وفي المنح كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك لو غصبه انسان يقيمه في ذلك الوقت كسفينة موقورة احدثت في الغرق والقى الملاح ما فيها من المكيل والموزون في الماء يضمن قيمتها ساعتئذ وفي الصغرى صب ماء في طعام فافسده وزاد في كيله فله ان يضمنه قيمة الحنطة قبل ان صب الماء فيه وليس له ان يضمنه طعاما مثله هذا اذا لم ينقله الى مكان فان نقله يضمن المثل لانه صار غاصبا وهو مثلي يجب عليه المثل بخلاف ما لو صب الماء في موضع الذي فيه الحنطة بغير نقل (فان ادعى الغاصب (الهلاك) اي هلاك المغصوب (حبس) ذلك الغاصب اذا لم يرض المالك بالقيمة فانه مضر بالغاصب فاما ان كان اقام عليه بينة والصحيح انه تقبل البينة في حق الحبس كما في القهستاني (حتى يعلم) ويظن بمضي مدة موكولة الى رأي القاضي (انه) اي المغصوب (لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي) اي يقضي الحاكم (عليه) اي على الغاصب (بالبدل) اي بدل المغصوب اي بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي وفي الدرر ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وادعى المالك الهلاك عند الغاصب واقاما البرهان فبرهان الغاصب اولى هذا عند محمد وعند ابي يوسف بينة المالك اولى وفي المنح الغاصب والمودع المتعدي اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعي فان لم يحلف يكون حكمه حكم الناكل يحكم عليه بعد العرض ثلثا ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فان لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب فاذا اخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار ان شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة (والغصب انما هو فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول ثم فرع عليه قوله (فلو غصب عقارا) هو ماله اصل وقرار

كالضيعة والدار (فهلك في يده) بان غلب السيل على الارض اوهدم البناء بآفة سماوية (لايضمن) عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما مر ان الغصب ازالة اليد بفعل في العين وهو لايتصور في العقار لان يد المالك تزول عنه باخراجه وهو فعل فيه لافي العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلف لايضمن لان منع المالك بالتبعيد فعل فيه لافي المواشي (خلافا لمحمد) فان عنده يجري الغصب في العقار لان ازالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل وبقوله قال ابو يوسف اولا وزفر وهو قول الائمة الثلاثة وبه يفتى في الوقف كما في شرح الكنز للعيني وغيره وفي المنح الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان وقال الاستروشني وعماد الدين في فصوله والاصح انه اي العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة اي اذا كان العقار وديعة عنده فجحده كان ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (ومانقص منه) اي من العقار (بفعله كسكناه) اي سكنى الغاصب في الدار المغصوبة (وزرعه) في الارض المغصوبة (ضمنه) اي النقصان بالاجماع كما في النقلي لان ذلك اتلاف واهلاك والعقار يضمن به ولايشترط لضمان الاتلاف في يده قيل في تفسير النقصان انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده وقيل بل ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فيضمن تفاوت مابينهما من النقصان وقال العيني وغيره وهو الاقيس (ويأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وماغرم من النقصان وما نفق على الزرع (ويتصدق بالفضل) عند الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكرار ويتصدق بالباقي (وعند ابي يوسف لايتصدق به) اي بالباقي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ماضمن من الفائت يملكه بالضمان ولهما انه صار مالكا له ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق (وكذا او ستغل العبد المغصوب) اي لو آجر العبد المغصوب واخذ غلته (فنقصه الاستغلال اوآجر) المستعير (المستعار ونقص يضمن النقصان) لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ماتعذر رده من اجزائه كلا اوبعضا (ومافضل من الغلة والاجرة تصدق به) عند الطرفين (خلافا له) اي لابي يوسف لماذكرنا آنفا (وان تصرف في الغصب اوالوديعة فربح وهما يتعينان بالتعيين) كالعروض ونحوها (تصدق بالربح) ولايطيب له عند الطرفين (خلافا له) اي لابي يوسف (ايضا) اي كخلافه في المسئلة التي قبلها (وان كانا)

اى المغصوب او الوديعة (لا يتعينان) كالنقدين فقد قال الكرخى على اربعة اوجه ذكرها المص بقوله (فان اشار) المتصرف (اليهما) اى الى دراهم الغصب او الوديعة (ونقدهما فكذلك) لا يطيب له الربح ويتصدق به عندهما خلافا له (وان اشار الى غيرهما ونقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (او اشار اليهما ونقد غيرهما او اطلق) اطلاقا ولم يشر اليهما ولا الى غيرهما بل قال اشتريت بدرهم (و) لكن (نقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (طاب له الربح اتفاقا قيل وبه) اى بعدم الطيب فى الاولى وبالطيب فى الصور الثلث الباقية (يفتى) قاله صاحب الوقاية موافقا لما فى المحيط حيث قال الفتوى على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس فى هذا الزمان وهذا قول الصدر الشهيد وفى الدرر وبه كان يفتى الامام ابو الليث (والمختار) عند مشايخنا (انه لا يطيب مطلقا) يعنى فى الصور كلها الا طلاق المبسوط والجامعين (ولو اشترى بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او طعاما فاكله لا يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس كما فى الهداية

(فصل)

وان غير ما غصبه) بالتصرف فيه احتراز عما اذا تغير بغير فعله بان صار العنب مثلا زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فالمالك يخير ان شاء ياخذه وان شاء يتركه ويضمنه (فزال) بذلك التغير (اسمه) اى اسم المغصوب احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فقط فان المالك لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها بحيث يقال شاة مذبوحة لكن اورد على ذلك بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف المذبوحة فى الحكم (واعظم منافعه) اى اكثر مقاصده احتراز عن دراهم فسكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه لكن بقى اعظم منافعه ولذا لا ينقطع حق المالك منه كما فى المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اسم المنافع كما فى القهستانى فعلى هذا ان ما قال صاحب الدرر من انه لم يقل اعظم منافعه لان من قاله قصد تناوله الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه المزيد ليس بسديد بل هو عدم اطلاع على ما قررنا نقلا عن المحيط وغيره تدبر (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه) بتقرر الضمان على الغاصب كما هو المتبادر واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين ان سبب الملك الغصب عند اداء الضمان فلو ابى المالك عن اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك كما فى النهاية لكن حكى عن الامام مفتى الثقلين ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا على ان قضية مذهب اصحابنا انه لا يملك الا عند تراضى الخصمين بالضمان او قضاء القاضى به

اواداء البدل كما في القهستاني نقلا عن الذخيرة وعند الشافعي في القول الاظهر لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمن النقصان عنده في الاموال الربوية وعند الشافعي يضمنه (ولا يحل انتفاعه) اي انتفاع الغاصب (به) اي بالمغصوب المغير (قبل اداء الضمان) استحسانا والقياس الحل وهو رواية عن الامام وقول الحسن وقول زفر لان ملكه ثبت بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لو وهبه اوباعه صح وجه الاستحسان ان في اباحة الانتفاع به قبل الاداء فتح باب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد (كشاة ذبحها وطبخها اوشواها اوقطعها او بر طحنه اوزرعه ودقيق خبزه وعنب اوزيتون عصره) قيد للعنب والزيتون (وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوي ينبت ببلاد الهند وهي من اشرف الاشجار ويستعمل في بناء الدور وابوابها واساسها واما اذا بني عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة (اولبنة بنى عليها) وهذه الاشياء تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب تغيرها ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها كانت نقلية والان صارت من العقار ولذا استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا خلافا للشافعي وهو يضمنه النقصان وفي الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كانت اكثر منها فلا تزول عن ملكه كما في شرح المجمع (وان جعل الفضة او الذهب دراهم اودنانير او) جعل الفضة اوالذهب (آنية لا يملكه) اي المجعول (وهو لمالكه بلا شئ في مقابلة الجعل عند الامام لان الجودة والصنعة في الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى مالكه لا يضمن (وعندهما يملكه الغاصب وعليه) اي على الغاصب (مثله) اي مثل الذهب والفضة لتبدل الاسم بالصنعة (فان ذبح) الغاصب (الشاة) بغير اذنه (فالمالك) يخير (ان شاء طرحها) اي الشاة (عليه) اي على الغاصب (وضمنه قيمتها) اي الشاة المذبوحة (اواخذها) اي الشاة (وضمنه نقصانها) اي الشاة بذبحها لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض اذ لحمها منتفع به وروى الحسن عن الامام انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها والاول هو الظ (وكذا لو قطع يدها) اي الشاة لان قطع اليد اوالرجل كالذبح في الحكم فله الخيار المذكور في الذبح (اوقطع طرف

دابة غيرها كولة) وظاهر كلام المصنف انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها وتركها له وبين تضمين نقصانها لكن ما في اكثر الكتب المعتبرات يخالف ظاهره لانهم قالوا لو كانت الدابة غيرها كولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه انتهى وفي الفرائد تفصيل وحاصله ان العلماء اختلفوا ففرق بعضهم بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم كما في الهداية وتنوير الفتاوى وشروح الكنز والدرر وغيرها وبعضهم سوى بينهما والمصنف اختار التسوية بينهما فلهذا قال او قطع طرف دابة غيرها كولة معطوفا على ما قبله انتهى لكن التسوية على قول محمد فقط لما في الخانية ولو ذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان في قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد ان ذبح حمار غيره فللمالك ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح وان قتله قتلا فليس له ان يضمنه النقصان وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه جميع القيمة وان شاء امسك الدابة ويضمن النقصان والاعتماد على قول الامام انتهى فعلى هذا ان ما قال صاحب الفرائد ليس بشيء بل الصواب ان يقال ان مراد المص من قطع طرف دابة غيرها كولة الدابة التي يمكن الانتفاع بما بقي قيمة لما في النهاية نقلا عن النوادر اذا قطع اذن الدابة او ذنبها يضمن النقصان فلهذا قال من قطع طرف دابة غيرها كولة ولم يقل يد دابة او رجلها وكذا يضمن النقصان او قال صاحب الدابة اني اضمنه النقصان واوسلم الجلد اليه ان كان لجلدها ثمن تتبع (او خرق الثوب) اي يخير ايضا ان خرق ثوب الغير (خرقا فاحشا يفوت) الجملة صفة خرقا (بعض العين وبعض نفعه) لا كله لانه لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة وهذا تفسير الخرق الفاحش على الصحيح وفي التبيين والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة وفي النهاية ان الفاحش هو المستأصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب في شرائه وعزاه الى الحلواني قلت وفي المجتبى والصحيح ما حده محمد له وهو ان يفوت بعض العين وجنس من منافعه ويبقى بعض العين وبعض المنفعة وقيل يرجع في ذلك الى الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا فيسير والكل في المنح (وفي) خرق يسير (نقصه) اي نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير (ولم يفوت شيئا من النفع يضمن) الخارق (نقصانه) يعني مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب

فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان (ولو بنى رجل فى ارض غيره اوغرس فيها شجرا (امر) البانى والغارس (بالقلع) فى ظاهر الرواية (وارد) اى رد الارض الى المالك لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اى لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله هذا اذا كانت الارض لاتنقص بالقلع (وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان يضمن له) اى للغاصب (قيمتهما) اى قيمة البناء والغرس (مأمورا بقلعهما) لان فيه دفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع ثم بين طريق معرفة قيمتهما بقوله (فتقوم الارض بلا شجر او بناء) بمائة مثلا (وتقوم مع احدهما) بمائة وعشرة حال كونه (مستحق القلع) فمع نقص اجرة القلع هى درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم (فيضمن) المالك (الفضل) هو التسعة قال المشايخ هذا اذا كانت قيمة البناء او الغرس اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء او الغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب اقلع البناء او الغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض فيملكهما بالضمان وبه يفتى بعض المتأخرين لكن ظاهر الرواية ماذكر فى المتن وبه يفتى البعض فى زماننا سدا لباب الظلم هذا اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا وفى التبيين وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولا يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل او ادخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه (وان صبغ) الغاصب (الثوب) الذى غصبه (احمر او اصفر او لت السويق) الذى غصبه (بسمن فالمالك) بالخيار (ان شاء ضمنه) اى الغاصب (قيمة ثوبه) حال كونه (ابيض) اى اخذ قيمة ثوب ابيض لانه متلف من وجه (و) ضمنه (مثل سويقه) لكونه مثليا وترك ما غصبه الغاصب له (او اخذهما) اى ان شاء اخذ الثوب والسويق (وضمن مازاد الصبغ والسمن) فى الثوب والسويق لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لايسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن وذا فى ايصال معنى مال احدهما اليه وابقاء حق الآخر فى عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف كما فى الدرر وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان (وان صبغه) اى الثوب (اسود ضمنه) اى المالك (قيمته ابيض او اخذه بلا رد شئ لانه) اى الصبغ بالسواد (نقص) عند الامام (وعندهما الاسود

كغيره وهو) اى الاختلاف بين الامام وبينهما اختلاف زمان فان بنى امية فى زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفى زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهده وفى النوادر رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ من ضمانه كما لو هلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فادى القيمة الى الغاصب اذا كان قبض القيمة معروفا غصب شيئا ثم غصبه آخر منه فاراد المالك ان يأخذ بعض الضمان من الاول وبعضه من الثانى له ذلك الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرأ من الضمان كسر الغاصب الحطب واحتشا لا يملكه ولو كسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع

(فصل)

فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب (وان غيب ما غصبه) اى ان جعل الغاصب المغصوب غائبا (وضمن قيمته) للمالك (ملكه) اى الغاصب المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك هذا عندنا لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد ولا توجد العدالة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر حتى لو كان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا وقال الشافعى لا يملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك (مستندا الى وقت الغصب) وكل شئ ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب وعن هذا قال (وتسلم له الاكساب) للتبعية (دون الاولاد) لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولا يكون اكسابهما مدبرا ومكاتبا (والقول فى القيمة) عند اختلافهما (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (ان لم يبرهن مالكه على الزيادة) التى ادعاها فان اقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ لان المالك اثبته بالحجة الملزمة وفيه اشعار بانه لو لم يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل وقال بعض مشائخنا ينبغى ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضى ابو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشائخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح كما فى النهاية وغيرها

وفى الام الغاصب او المودع المتعدى اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشئ من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط قال محمد فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجئ بها ويردها على صاحبها وتمامه فى العناية فليراجع (فان ظهر) المغصوب الغائب (وقيمته اكثر) اى حال كون قيمته اكثر مما ضمن الغاصب به (و) الحال انه (قد ضمنه الغاصب (بقول المالك او ببرهانه او بالنكول) اى بنكول الغاصب عن اليمين (فهو) اى المغصوب (للغاصب ولا خيار المالك) لانه رضى به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه (وان ضمنه) الغاصب (بقوله) اى بقول الغاصب مع يمينه (فالمالك) بالخيار (ان شاء امضى الضمان) اى اجاز ضمانه بان رضى بالبدل وترك المغصوب فى يد الغاصب (او) ان شاء (اخذه) اى المغصوب الظاهر من الغاصب (ورد عوضه) الذى اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورته عن اقامة البينة قال العينى وغيره ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل فى هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح (ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الاخر) اى او اقام الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب (فبينة الغاصب اولى) عند محمد لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعى زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى وفى المجمع وهذا ظاهر المذهب (خلافا لابى يوسف) فان عنده بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شئ وفى الجواهر ولو شهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات فى يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروى عن محمد فى الاملاء ان البينة بينة الغاصب ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب ولو شهد احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره بالغصب لم تقبل (ومن غصب عبدا فباعه) اى الغاصب المغصوب (فضمنه)

المالك قيمته (نفذ بيعه) اى بيع الغاصب (وان اعتق ثم ضمنه) بعده (لا ينفذ عتقه) والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا لا كاملا وهو يكفي لنفاذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب غير مضمونة ما لم يتعد) الغاصب (فيها) اى فى الزوائد (او يمنعها بعد طلب المالك اياها) اى الزوائد (سواء كانت متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد والثمر) لانها امانة وحكمها هذا وقال الشافعي عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لان هو اثبات اليد المبطلة فيثبت عنده ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان تكون منتفعا بها فى حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدي والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب لانه صار مزيلا ليد المالك يد التصرف والانتفاع ويستثنى منه منافع غصب الوقف فانها تضمن وعليه الفتوى كما فى القهستاني نقلا عن العمادي (وان نقصت الجارية بالولادة فى يد الغصب) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة التى حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة (ضمن) الغاصب (نقصانها) اى الجارية (و) لكن (يجبر) النقصان (بقيمة الولد) قال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لو جز صوف شاة الغير ونبت آخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه الضمان ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (او) يجبر (بالغرة) لانها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه (ان وفت) قيد لقيمة الولد والغرة (به) اى يجبر النقصان بقيمة الولد ان كان فى قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وكذا يجبر النقصان بالغرة ان فيها وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا (ولو زنى) الغاصب (بامة غصبها) فحبلت (وردها) اى الامة (حاملا فولدت فماتت) عند المالك (بها) اى بسبب الولادة فى نفاسها (ضمن) الغاصب (قيمتها يوم علوقها) عند الامام لان ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذي غصبها كما اذا جنت فى يد الغاصب وقتلت فى يد المالك (بخلاف الحرة) يعني لو اخذها مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت وماتت لا يضمن الغاصب ديتها لان الحرة لا تكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد (وعندهما لا يضمن فى الامة ايضا) اى كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو قول الائمة الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة فى يد المالك بعد صحة الرد

من الغاصب لان العيب لايمنع صحة الرد ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب (ولو ردها محمومة) اى لو غصب امة فحمت ثم ردها محمومة (فماتت لايضمن) الغاصب الانقصان الحمى اتفاقا كما فى البزازية وغيرها لان الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه قدر ما كان عنده دون الزيادة وفى الجواهر اذا غصب صبيا حرا من اهله فمرض ومات فى يده فلا ضمان عليه وكذا اذا اصابه شئ من آفة السماء ولو عقره سبع اونهشته حية فالغاصب ضامن وفى نسخة فعلى عاقلة الغاصب الدية (وكذا لوزنت) الامة المغصوبة (عنده) اى عند الغاصب (فردها) اى الامة (فجلدت) فى يد المالك (فماتت منه) اى من الجلد لايضمن الغاصب الانقصان الزنا لانه الحاصل عنده لاسبب الموت وهو الجلد (ولايضمن) الغاصب (منافع ما غصبه سواء سكنه) اى فيما غصبه (اوعطله) اى جعله معطلا هذا عندنا وعند الشافعى واحمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان وعند مالك يضمن بالاجر فى السكون لا فى التعطيل ولنا ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولو كان ذلك واجباله لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء فى المنافع فلايكون تقومها الذاتها بل الضرورة عند ورود العقد ولاعقد هنا واما اذا انتقص بالاستعمال فيضمن لاستهلاكه بعض اجزاء العين (الا فى الوقف) وكذا فى مال اليتيم والمعد للاستغلال ذكر صدر القضاة وتصير الدار معدة للاستيجار اذا بناها لذلك اواشتراها لذلك اوتواجر ثلث سنين على الولاء ويشترط علم المستعمل بكونهما معدة حتى يجب الاجر واستثنى صاحب المنح فقال الا اذا سكنها بتأويل ملك اوعقد يعنى منافع المعد للاستغلال مضمونة فى كل الاحوال الافيما ذكر من السكنى بتأويل ملك وعقد كبيت سكنه احد الشريكين اما فى الوقف اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الآخر سواء كان موقوفا للسكنى اوللاستغلال فانه لايجب الاجر واما السكنى بتأويل العقد لما تقدم عن القنية من سكنى المرتهن بتأويل عقد الراهن انتهى (ولا يضمن ايضا (خمر المسلم اوخنزيره بالاتلاف) سواء كان المتلف مسلما اوذميا لعدم تقومهما فى حق المسلم والعبرة لجنب المتلف عليه دون المتلف (وضمن) المتلف (القيمة فيهما لوكانا) اى الخمر والخنزير (للذمى)

لانهما مال في حقهم وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون وعند الشافعي لا يضمن لعدم التقوم ايضا في حق الذمي لكونه تابعا في الاحكام لنا (وان اتلف ذمي خمر ذمي ضمن مثلها) لقدرته عليه ولو اسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شيء على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان بالاسلام مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو اسلما او اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء وهو رواية عن الامام وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن الامام ايضا وفي الدرر بخلاف ما اشتراها اي الخمر من الذمي وشربها فلا ضمان عليه (ولا ضمان باتلاف الميتة ولو) وصلية (لذمي) لان احدا لا يعتقد تمولها (ولا) ضمان (باتلاف متروك التسمية عمدا ولو) وصلية (لمن يبيحه) من المسلمين لان احلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فثبت ولاية المحاجة فلا يجب على متلفه الضمان ولا على من اشتراه بالثمن ولا ينفذ بيعها (وان غصب خمر مسلم فخللها) اي صيرها خلا (بما لا قيمة له) كالنقل من الشمس الى الظل او من الظل الى الشمس (اخذها المالك بلا شيء) لان التخليل بما ذكر تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فلا يوجب المالية فيبقى على ملك المغصوب منه (فان اتلفها) اي الخمر التي تصير خلا (الغاصب) قبل ان يردها الى المالك (ضمنها) لان المغصوب واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه (لا) يضمن (ان تلفت بلا صنعه) لانه لم يوجد منه التفويت (وان خلل) الغاصب الخمر (بالقاء ملح) ذي قيمة ونحوه (ملكها) اي الخمر التي تصير خلا (ولا شيء للمالك (عليه) اي الغاصب عند الامام لان الخمر لم تكن متقومة والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب ويكون له بغير شيء (وعندهما يأخذها المالك ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل) هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما (فان اتلفها الغاصب لا يضمن) عند الامام (خلافا لهما) لما يأتي في دبغ الجلد (وان خللها بالقاء خل ملكها ولا شيء للمالك عند الامام) ولو بمرور الزمان لانه استهلاك الخمر الغير المتقومة في حق المسلم كاراقتها والخلط استهلاك عنده (وكذا) ملكها الغاصب ولا شيء للمالك (عند محمد ان تخللت من ساعتها) لانه استهلاك (والا) اي وان لم تتخلل من ساعتها بل بعد زمان (فالخل بينهما على قدر ملكيهما) وفي التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكذا قال الامام وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقيهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك

عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيهما انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب فى هذه الرواية ينبغى ان يجب عليه الضمان اجماعا كما فى النهاية انتهى (وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له) كالتراب والشمس (اخذه المالك بلا شىء) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا اتفاقا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صنعة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته (وان دبغه) اى الغاصب الجلد المصبوغ (بماله قيمة) كالعفص والقرظ (يأخذه المالك و يرد مازاد الدبغ) لانه بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ الجلد و يعطى مازاد الدباغ فيه وطريق معرفته ماذكره بقوله (بان يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ و يرد) المالك الى الغاصب (فضل ما بينهما) كما فى الثوب المصبوغ وللغاصب ان يحبسه) اى الجلد (حتى يستوفى حقه) لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل (وان اتلفه) اى الغاصب الجلد المدبوغ بماله قيمة (لا يضمن) عند الامام لان تقوم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه فقام حقه فيه ولذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى مازاده الدباغ لما مر ان صنعته متقومة لانفاقه فيه مالا متقوما فصار الجلد تابعا لها فى حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة ثم الاصل وهو الصنعة او المال غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة وفى الباقانى على صدر الشريعة فى هذا المحل كلام لكن دفعه ابن الشيخ فى شرح الوقاية فليراجع (وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر مازاد الدبغ) لانه استهلك مالا متقوما للمالك فعليه الضمان (ولو تلف لا يضمن اتفاقا)لعدم صنعه (ومن كسر لمسلم بربطا وطبلا او مزمارا او دفا او اراق له) اى لمسلم (سكرا) بفتحتين اسم للنى من ماء الرطب اذا غلا واشتد (او منصفا) هو ماذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد (ضمن قيمته صالحا لغير اللهو ففى البربط يضمن الخشب) الصالح للاستعمال وكذا الباقى وفى سكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره (ويصح بيع هذه الاشياء) عند الامام لانها اموال

لتسلاحيها لما يحل به الانتفاع وان صلحت به لا يحل فصار كآلات الفتنة والجامة المقيارة . (وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (وعليه الفتوى) لفساد الزمان فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة او طبل الحاج او طبل العيد او الدف الذي يباح ضربه في العرس او يلعب به الصبية في البيت فيضمن بالاتفاق بالاتلاف كما في شرح الكنز للعيني (ومن غصب مدبرة فماتت في يده) اي الغاصب (ضمن) الغاصب (قيمتها) بالاتفاق لتقومها وكذا الحكم لو غصب مدبرا فلا فائدة في التخصيص سوى الموافقة والمناسبة لقوله (ولو غصب ام ولد فماتت في يده (فلا ضمان) عليه عند الامام لعدم تقومها عنده (خلافا لهما) فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (ولو شق الزق لاراقة الخمر) التي فيه (لا يضمنه عند ابي يوسف) لانه لا يتيسر الاراقة الا بالشق فيكون ماذونا فيه (خلافا لمحمد) هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم (ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او) حل (رباط دابته) اي دابة غيره (او فتح اصطبلها) اي اصطبل دابة الغير (او) فتح (قفص طير) غيره (فذهب) العبد او الدابة او الطير عقيب ذلك الفعل هذا عند الشيخين لانه تخلل بين فعله والتالف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور واختيارهم صحيح وتركهم منهم متصور والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشر دون المسبب كما في الاختيار (خلافا لمحمد في الدابة والطير) لانه لا فرق بين ذي العقل وغيره ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمني وغيره ان الخلاف في الطير لانه قال وعن محمد يضمن في الطير سواء طار من فوره او مكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار وقيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعي خلافا لمحمد في رواية وفي الاختيار ذهبت دابة رجل ليلا او نهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل لا ضمان عليها لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر وان ارسلها ضمن رجل وجد في زرعه او داره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب لم يضمن لان له ولاية الاخراج وان ساقها بعد الاخراج ضمن (ولا) ضمان (على من سعى الى السلطان بمن يؤذيه ولا يندفع) عنه (الا بالسعي)

والرفع اليه لان دفع الايذاء عن نفسه حقه فلا يلزم الضمان لما اخذه السلطان اما لو كان دفع الايذاء ممكنا بالاستغاثة فسعى اليه فيلزم الضمان (او) لاضمان للساعى (بمن يفسق ولايمتنع بنهيه) اى الساعى لوجوب دفع المنكرات بما امكن (ولا) ضمان (على من قال السلطان الذي قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا وجد مالا) هذه الجملة مقول قول (فغرمه شيئا) لا يضمن الساعى لانتفاء التسبيب فى هذه الصور بتوسط فعل فاعل مختار (وان كان عادته) اى عادة السلطان (ان يغرم البتة ضمن) الساعى لوجود التسبيب (وكذا) ضمن الساعى (لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له وبه) اى بقول محمد (يفتى) لكثرة السعاة فى زماننا وعند الشيخين لا يضمن الساعى لما مر وفى التنوير ولو مات الساعى المسعى به ان يأخذ قدر الخسران من تركته (ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان) وصلية (لم يعلمه) اى وان لم يعلم الغاصب المالك انه طعامه لانه ضمن ماله وصل اليه فلا يضمنه ثانيا وكذا فيما اذا البس الثوب المغصوب مالكه خلافا للشافعى وفى الغرر امر شخص عبد غيره بالاباق اوقال اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن استعمل عبد الغير لنفسه وان لم يعلم انه عبد اوقال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك ولو استعمله لغيره لا يضمن

(كتاب الشفعة)

تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضى الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح شيئا لتملك مال والشفعة لا تجرى الا فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا (هى) اى الشفعة لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشئ وترا فشفعته باخرى جعلته زوجا له فهى فى الاصل اسم للملك المشفوع بملك ولم يسمع منها فعل ومن لغة الفقهاء باع الشفيع الدار التى يشفع بها اى تؤخذ بالشفعة كما فى القهستانى ومنه شفاعة النبى صلى الله تعالى عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفى الشرع (تملك العقار) وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار وضيعة وما فى حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء فانه من منقول لم تجب الشفعة فيه الابتبعية العقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها (على مشتريه بما) اى بالذى اى بالثمن الذى (قام عليه) اى على المشترى (جبرا) اى من حيث الجبر ومعناه اللغوى وهو موجود فيه مع زيادة اوصاف كالتملك وعلى وجه الجبر وقيل هى ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة او الجوار وهذا احسن كما فى شرح الكنز للعينى

وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه
على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار
ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب لاسيما اذا كان يضاده كما قيل
اضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان
او علوا احتمل القسمة اولا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها
اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها مع شرطها وحكمها جواز
الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها
ما يثبت بالشراء من الرد بخيار الرؤية والعيب (وتجب) اى تثبت ولاية الشفعة
(بعد البيع) الصحيح او فاسد انقطع فيه حق المالك (وتستقر بالاشهاد
والطلب فى الحال) حتى لو اخر ساعة قبل الاستقرار بطل شفعته لان حقها
ضعيف متزلزل ولابد من الطلب والاشهاد فى الحال فاذا اشهد استقر
بعد ذلك لا تبطل بالتأخير (وتملك بالاخذ قضاء او رضاء) والصواب ان يقول
وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء كما فى العزل لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع
من غير اخذ وحاصله انه يملك العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ
اذا سلمها المشترى رضاء او بحكم الحاكم من غير اخذ كما فى اكثر المعتبرات
فتأمل (وانما تجب) اى تثبت الشفعة (للخليط) وهو الشريك الذى
لم يقاسم (فى نفس المبيع) وهذا بالاجماع (فان لم يكن) اى وان لم يوجد
الخليط فى نفس المبيع (او) وجد ولكن (سلم) الشفعة (فللخليط فى حق
المبيع كالشرب) بكسر الشين وهو الشريك الذى لم يخالط (والطريق
الخاص) ثم فسر ذلك بقوله (كنهر لا تجرى فيه السفن) اى الصغار
السفن مثال للشرب الخاص (وطريق لا ينفذ) مثال الطريق الخاص
حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة فالنهر العام عند الطرفين ما تجرى
فيه السفن كدجلة وفرات وذكر شيخ الاسلام اختلفوا فيه فقيل الخاص
ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى اخر الاراضى ولا يكون له منفذ
والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون
واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة او مائة او اربعين او عشرة وعن ابى يوسف
الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام
والاصح انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه وهو اشبه الاقاويل (ثم)
تثبت بعد الطريق (للجار الملاصق) اى لجار له عقار واحترز به عما يكون وقفا
او اجارة او وديعة لانها لا تثبت فيها الملحق بالتجريد لا شفعة فى الوقف ولا بجواره
(ولو بابه فى سكة اخرى) والظاهر ان لو وصلية لكن الاولى ان يقول لو كان

بابه في سكة اخرى بدون الواو لانه ان كان بابه في تلك السكة كان خليطا في حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا فلهذا قال صاحب الهداية وغيره في تفسير الجار الملاصق هو الذي داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وقال الشافعي لاشفعة بالجوار بل بالشركة في البقعة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لا يقسم وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره فلا تثبت للجار المقابل اذا كانت السكة نافذة اما اذا كانت غير نافذة فتثبت (ومن) مبتدأ (له جذوع على حائطها) اى حائط الدار (او) من له (شركة في خشبة عليه) اى على الحائط (جار) خبر المبتدأ لان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا في حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا (وان) كان شريكا (في نفس الجدار فشريك) يقدم على الخليط لكن في التبيين وغيره واذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران انتهى فيلزم التوفيق بينه وبين ما في المتن بان مراد المص بالبناء المكان الذي عليه البناء لا البناء المجرد تدبر (وهي) اى الشفعة (على عدد الرؤس) اى رؤس الشفعاء (لا السهام) اى سهام ملكهم لان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ولهذا قسم على التنصيف ما باع شريك لصاحب نصف وثلث وسدس وجازله جار ان اخذهما من ثلثة جوانب وثانيهما من جانب خلافا للشافعي اذ عنده يقضى بقدر الاملاك لا بقدر الرؤس لان الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك وفي التنوير او اسقط بعضهم حقه من الشفعة بعد القضاء ليس لمن بقي اخذ نصيب التارك ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحضرين في الجميع وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة ثم اذا حضر وطلب قضى له بها اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء لم يصح اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقي لم يملك ذلك جبرا على المشتري ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به (فاذا علم الشفيع البيع) اى العقار المشفوع (يشهد) من الافعال (في مجلس علمه) اى الشفيع على (انه يطلبها) سواء علم بسمع البيع من البائع او المشتري او بسمع الكلام في حق البيع او باخبار شخص بان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة او نا طالبها او اطلبها لان الاعتبار للمعنى والمعتبر الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات حتى لو صدقه المشتري على الطلب لا يحتاج الى الشهود ثم اعتبار المجلس اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخارى للتأمل

وفي رواية الاصل يشترط على فور علمه بالبيع حتى لو سكت ساعة تبطل واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى وعليه الفتوى كما في المنح وقيل تبطل ان سكت ادنى سكوت حتى لو اخبر بكتاب والشفعة في اوله اووسطه فقراه الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد العلم بالمشترى و بالثمن (و يسمى) اي الطلب في المجلس (طلب مواثبة) اي مسارعة من اوثب سمي به ليدل على غاية التعجيل (ثم يشهد عند العقار) لانه محل الشفعة (او) يشهد (على المشترى) ولو غير ذي يد بان يقول له اطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا شفيعها بالشركة في الدار او الطريق او بالجوار بدار حدودها كذا فسلمها الى فلابد ان يبين حدود الدارين مع كل واحدة من مراتب الثبوت كما في الحماية لكن في الكافي وغيره ان تبين هذه الامور ليس بلازم منه وبعد اشارة الى انه الاشهاد عند احد هؤلاء مع الاقرب على ما قال بعض المشايخ وذهب الآخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب كما في القهستاني (او على البائع ان كان المبيع في يده) فلا يصح الاشهاد عنده بائع ليس بذي يد على ما ذكره القدوري واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الاسلام وغيره ان الاشهاد يصح عنده استحسانا وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس في الاكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما في النهاية وغيره حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته (فيقول اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة) قبله طلب المواثبة (وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى) هذا الطلب (طلب تقرير واشهاد) ولا بد منه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير (ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دارا كذا وانا شفيعها بسبب كذا) قيل هذا ظاهر في الشفيع في الجوار لا في الشفيع في نفس المبيع (مره) ايها القاضي (بالتسليم الى) حتى بالرد او بترك الدخل بينه وبينى فالتسليم على هذا المعنى لا يقتضي القبض بل يوجد قبل القبض وبعده فلا يرد ما قيل من انه هذا اذا قبض المشترى المبيع وطلب الخصومة لا يتوقف عليه انتهى (ويسمى) هذا الطلب (طلب خصومة وتمليك) فلا بد منه ايضا لانه لا يحكم له بدون طلبه (ولا تبطل الشفعة بتأخيره) اي بتأخير طلب الاخذ (مطلقا) بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد عند الشيخين (في ظاهر المذهب وعليه) اي على قول الامام (الفتوى) لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولو كان التأخير بعذر من مرض او سفر او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالاجماع

وان طالت المدة وعن ابي يوسف ان اخره الى مجلس حكم يبطل لتركه عند امكان الاخذ وفي رواية الى ثلثة ايام (وقيل يفتى بقول محمد) وزفر رواية عن ابي يوسف (انه) اي الشفيع (ان اخره) اي طلب الخصومة (شهرا بلا عذر بطلت) الشفعة لانه قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير وفي المحيط والخلاصة ومنية المفتي ومختارات النوازل والفتوى على قول محمد (واذا ادعى) الشفيع (الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه) وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك للشفيع اولا (فان اقر) المشتري (بملك ما يشفع به) اوانكر فحلف (اونكل عن الحلف على العلم بملكيته) بان يحلف بالله ما اعلم انه مالك لما يشفع به (او) انكر (و برهن الشفيع) اي اقام بينة انها ملكه (سأله) اي القاضي المشتري (عن الشراء) فيقول له اشتريت ام لا (فان اقر) المشتري (به) اي بالشراء (او) انكر فحلف او (نكل عن اليمين انه ما ابتاع اوما استحق) الشفيع (عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع) يعني ان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة على فان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي كما في شروح الكنز وفي التنوير من لم ير الشفعة بالجوار كالشافعي طلبها عند حاكم يراه (قضى) اي القاضي (له) اي للشفيع (بها) اي بالشفعة لثبوته عنده قال العيني والواجب في هذا ان يسأل القاضي اولا عن المدعى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى حقا فلا بد ان تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على المدعى عليه فسأله كما في المتن (ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى) في ظاهر الرواية فتجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي لان لزوم الثمن على الشفيع بعد القضاء لا قبله وعن محمد وهو رواية الحسن عن الامام انه لا يقضي حتى يحضر الثمن لاحتمال ان يكون الشفيع مفلسا فتوى المال على المشتري (فاذا قضى له لزم احضاره) اي الثمن لتحقق سبب اللزوم (وللمشتري حبس الدار لقبضه) اي للمشتري حبس الدار لقبض ثمنه فلو لم ينقده حبس القاضي الشفيع بالاباء لان الشفيع والمشتري نزلا منزلة البايع والمشتري (ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعد ما امر القاضي (بادائه) اجماعا لتأكد الشفعة بالقضاء (وللشفيع ان يخاصم

البائع ان كان المبيع في يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك (و) لكن (لا يسمع القاضي البينة) اى بينة الشفيع (عليه) اى البائع بعينه المشتري (حتى يحضر المشتري) لانه المالك (فيفسخ البيع بحضرته) اى المشتري عند حضور البائع لان احدهما صاحب يد والاخر ملكا (ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل عليه) اى على البائع (العهدة) اى يجعل ما يترتب على البيع من الاحكام على البائع قبل تسليم المبيع الى المشتري والعهدة على المشتري لو كان ذلك بعده لان البائع يصير اجنبيا كما في اكثر المعتبرات وعلى هذا ان النص اطلق في محل التقييد وقال الشافعي العهدة على المشتري مطلقا (والوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري (ما لم يسلم الى الموكل) فاذا سلمها الى الموكل لا يبقى له يد ولا ملك فلا يكون خصما بعده (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان) وصلية (شرط المشتري البراءة منه) اى من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولا يسقط برؤية المشتري وبشرط براءته لان الشفيع ليس نائبا عنه فلا يسقط حقه باسقاط المشتري

(فصل)

(وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري) مع اليمين لان الشفيع يدعي عليه حق الاخذ عند نقد الاول والمشتري ينكره فالقول للمنكر ولا يتحالفان (ولو برهنا) اى لو اقام كل منهما البينة على دعواه (فللشفيع) اى بينة الشفيع احق بالتقدم عند الطرفين لكونه مدعيا ولانه يمكن صدق البينتين لجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع ياخذ بايهما شاء (وعند ابي يوسف للمشتري) اى بينة المشتري احق لانها تثبت الزيادة وهو قول الشافعي واحمد (وان ادعى المشتري ثمنا و) ادعى (البائع) ثمنا (اقل منه) اى من ذلك الثمن (اخذه) اى الشفيع العقار (بما قال البائع قبل قبض الثمن) سواء قبض المشتري العقار اولا لان هذا القول من البائع حط بعض الثمن عن المشتري والحط عنه حط عن الشفيع (وبما قال المشتري بعده) اى اخذ الشفيع بقول المشتري بعد قبض البائع الثمن لانه حينئذ كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع فالقول للمشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالف لانه بين الثمن في حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشتري لانه لما

باستيفاء الثمن او لاصار اجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن وعند الائمة الثلاثة يأخذها بقول المشترى فيهما (وان عكسا) اى ادعى البايع ثمنا والمشترى اقل منه (فبعد القبض يعتبر قول المشترى) اى لو كان بعد قبض البايع الثمن (اخذها) الشفيع بما قال المشترى (وقبله) اى قبل القبض (يتحالفان ويترادان البيع (واى) من البايع والمشترى (نكل) عن اليمين (اعتبر قول صاحبه) فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بما ادعيه الآخر (وان حلفا فسخ البيع) اى فسخ القاضى العقد بينهما (ويأخذه) اى العقار (الشفيع بما قال البايع) لان فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع كما ورد عليه بعيب بقضاء قاض كما فى اكثر المعتبرات (وان حط) البايع (عن المشترى بعض الثمن يأخذه) اى العقار (الشفيع بالباقى) من الثمن سواء كان قبل قبضه او بعده لما مر ان الحط عن المشترى حط عن الشفيع اى الحط يلحق باصل العقد خلافا لزفر والائمة الثلاثة فان عندهم لااثر للحط بل عليه الثمن المسمى (وان حط) البايع عن المشترى (الكل) اى كل الثمن (يأخذ) الشفيع (بالكل) اى بكل الثمن بالاجماع لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه بطل لكن فى شرح الهداية للدهلوى كلام فليطالع (وان حط) البايع عن المشترى (النصف) اى نصف الثمن (ثم) حط (النصف) الاخر (يأخذ) الشفيع (بالنصف الاخير) لانه لما حط النصف التحق باصل العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الآخر كان حطا للجميع فلا يسقط عن الشفيع (وان زاد المشترى فى الثمن) بعد عقد البيع (لاتلزم الشفيع الزيادة) اى اخذه بالثمن الاول بالاجماع لانه حق الشفيع فتكليف الزيادة ابطال لانهما من ذوات الامثال (وان) كان الثمن (قيميا فقيمته) اى يأخذ المبيع بالقيمة فى شراء دار بثوب اوفرس لانهما من ذوات حقه (واذا كان الثمن مثليا لزم الشفيع مثله) اى يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن فى شراء العقار بمكيل اوموزون القيم ويأخذ كل واحد بقيمة الآخر فى شراء عقار بعقار لتحقق البداية بينهما ولكونه من ذوات القيم (وان كان) الثمن (مؤجلا) باجل معلوم لانه ان كان مجهولا فالبيع فاسد (اخذ بثمن حال اويطلب) الشفيع شفعته (فى الحال) لان تركه بعد ثبوت حقه دليل الاعراض وفى الهداية فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل (ويأخذ) الشفيع العقار (بعد مضى الاجل) لكون الثمن مؤجلا وقال زفر ومالك واحمد والشافعى فى القديم له ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به ولنا ان الاصل فى الثمن ان يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولاشرط فى حق الشفيع (ولا يتعجل ما على

المشتري لو اخذ الشفيع بالحال) لان الاجل ثبت له بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل بيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد كما في التبيين (ولو سكت عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فان عنده لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل الاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال ولهما ان حقه قد ثبت ولهذا له ان يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمي بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة ولو اسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة (و) يأخذه الشفيع (المسلم بالقيمة فيهما) اما الخنزير فمن ذوات القيم واما الخمر فلان المسلم عاجز عن تسليمها فالتحق بغير المثلي ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي اسلم اوفاسق تاب وفيما في المراد من انه بقي صورة وهي انه لو اشترى ذمي بخنزير وكان شفيعها مسلما وذميا لم يبينوا حكمها كلام لانه بين آنفا ان المسلم يأخذ بالقيمة وكذا يأخذ الذمي بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على ما قاله تأمل (ولو بنى المشتري) على الارض المشفوعة (اوغرس) فيها ثم حكم بالشفعة (اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما) اى البناء والغرس (مقلوعين) والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع (كما في الغصب اوكلف المشتري قلعهما) اى البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة بكل الثمن دونهما وعن ابي يوسف لا يكلفه بالقلع بل يكون بالخيار بين ان يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين ان يترك لان المشتري محق في البناء وليس بمتعد اذ بني في ملكه المشتري والتكليف بالقلع من احكام العدوان وبه قال الشافعي ولنا انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير هو الشفيع من غير تسليط فيأمر الشفيع بالنقض كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدم حق الشفيع عليه ولذا ينقض الشفيع بيع المشتري وهبته وجعله مسجدا ومقبرة وجميع تصرفه كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض وله ان ينقض المسجد وينبش الموتى كما في القهستاني (ولو استحقت) الارض (بعدما بنى الشفيع اوغرس رجع) الشفيع (على المشتري بالثمن فقط) يعني لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه فعندنا لا يرجع بما نقض بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه وكان

كالمشترى وجه الظاهر وهو الفرق بينه و بين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع اخذها منه جبرا (وان جف الشجر) بآفة سماوية (اوانهدم البناء) عند المشترى بعد شراء المشترى بغير صنع احد ولم يبق شئ من نقض اوخشب فاما اذا بقى به شئ من ذلك فلابد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء) ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته (وان هدم المشترى البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها) من الثمن ان شاء وان شاء ترك لان المشترى قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور ونقض الاجنبى كنقض المشترى (وليس له) اى للشفيع (اخذ النقض) بل هو للمشترى لكونه مفصولا ومنقولا (واذا شرى المشترى الارض مع شجر مثمر) بان شرطه فى البيع (اوغير مثمر فاثمر فى يده) اى المشترى بعد الشراء (اخذها الشفيع مع الثمر فيهما) لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه وهو الاستحسان والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها (فان جذه) اى قطع الثمر واجتناه المشترى (فليس للشفيع اخذه) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه (و يأخذ ما سواه) اى ما سوى الثمر (بالحصة فى الاول) وهو ما اذا اشتراها بثمرها فيسقط من الثمن حصة الثمر لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (و بكل الثمن فى الثانى) اى فيما اثمر فى يد المشترى اى يأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وفى التنوير قضى للشفيع ليس له تركها الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يبطلها)

اى الشفعة ذكر تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال (انما تجب) اى تثبت الشفعة (قصدا فى عقار) انما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالثمر والشجر كما فى الدرر قوله (ملك) على صيغة المجهول صفة عقار واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها و بقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر و نحوه فان الشفعة لا تجب كما سيأتى (وان) وصلية (لم يمكن قسمته كرحى وحمام و بئر)

ويثبت صبر لا يدفع امامهم مستندا لدفع ضرر الجوار خلافا للشافعي اذ ثبوت الشفعة فيما لا يقسم لان وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلا يستحق الا فيما يقسم (ولا تجب) الشفعة (في عرض وفلك) لانهما ليسا بعقار قال النبي عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط خلافا لمالك في السفينة (وبناء وشجر بيعا) صفة بناء وشجر (بدون الارض) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض (ولا) تجب (في ارث وصدقة) لان التمليك فيها ليس بمقابلة مال (وهبة بلا عوض مشروط) في العقد حتى لو عوض دارا اخرى لا تجب الشفعة ايضا فيهما لان هذا التعويض تبرع لا عوض حقيقة عن الهبة وفيه اشارة الى انه اذا شرط العوض تجب لانها بيع انتهاء كما مر في الهبة واما اذا وهب لهم بقدر عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا لمالك (وما بيع) اي لا تثبت الشفعة في عقار بيع (بخيار البائع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (او) بيع العقار (بيعا فاسدا) يعني اذا اشترى عقارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه (ما لم يسقط حق الفسخ) فان سقط حق الفسخ في البيع بخيار البائع بان اسقط الخيار او بنى المشتري فيها في البيع الفاسد تجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع (ولا) تثبت الشفعة في عقار (فيما قسم بين الشركاء) لان في القسمة معنى الافراز ولم تشرع الا في المبادلة المطلقة (او) لا تجب في عقار (جعل اجرة) بان استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة (او بدل خلع) بان خالعها على دار دفعها اليها (او) بدل (عتق) بان اعتق عبده على دار او لان قتل العبد (او) بدل (صلح عن دم عمد او) جعل (مهر) لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به هذا عندنا لان تقوم المنافع في الاجارة لضرورة الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة في حق الشفعة واما الاعتاق فهو ازالة مالية فكيف يقوم بالمال وعند الائمة الثلاثة تجب فيها بناء على ان الاعواض متقومة عندهم (وان) وصلية (قوبل ببعضه) اي ببعض ما جعل بدلا بهذه الاشياء (مال) عند الامام لان معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في التبع كما لا شفعة في الاصل (وعندهما تجب) الشفعة (في حصة المال) حيث كان فيها مبادلة مال بمال (ولا) تثبت (فيما صولح عنه) اي عن العقار (بانكار او سكوت) لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء

ايمانه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعى كما فى الهداية (ويجب فيما صولح عليه) اى العقار (باحدهما) وفى الهداية اذا صالح على الدار باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لان المدعى اخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذا لم يكن من جنس المدعى به فيعامل بزعمه انتهى فعلى هذا ان تقييد المص بالانكار والسكوت مما لا ينبغى تدبر (ولا) تجب شفعته (فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او شرط او بخيار عيب بقضاء) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى المبيع لا فى الفسخ قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض او قبله (وما رد به) اى بعيب (بلا قضاء او بالاقالة تجب) الشفعة (فيه) لانه فسخ فى حقهما او لايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع جديد فى حق ثالث او جود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء كما فى الهداية وفى التبيين كلام وفى التسهيل جواب فليطالع ان شئت وقال زفر لا تجب لان العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة وهو قول الشافعى واحمد (وتجب) الشفعة (فى العلو وحده و) تجب (فى السفل بسببه) اى بسبب العلو هذا اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار الحق بالعقار اما اذا كان طريق العلو فى السفل فح تثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار (و) تجب الشفعة (فيما بيع بخيار المشترى) لان الخيار لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه كما فى الهداية (وان بيعت دار بجنب المبيعة بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بائعا او مشتريا) اما البائع فلان الملك فى الدار عند هذا البيع للبائع فاذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع واما المشترى فلان المبيع دخل فى ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع وكذا عنده لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى لاستحقاقه الشفعة كالمأذون او المكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وعن هذا قال (وتكون) الشفعة (اجازة) واسقاطا للخيار (من المشترى) فى حق مبيعه او وجود دليل الرضاء بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته كما فى الهداية (والشفيع) الدار (الاولى اخذها) اى اخذ الاولى (منه) يعنى اذا حضر شفيع الدار الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له ان يأخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشترى لما عرف ان الشفيع اولى من المشترى (لا اخذ الثانية) وهى

أبى احدها المشرى بطريق لشفعه لانعدام ملكه فى الاولى حتى بعث الدابه هذا اذا لم تكن منصلة بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعه (وان بيعت) دار (جنب الدار) (المبيعة) بيعا (فاسدا فشفعتها) اى الدار المبيعة (للبائع ان بيعت قبل قبض المشترى) لبقاء ملكه فيها (واذا قبض المشترى (بعد الحكم له) اى للبائع (بها) اى بالشفعه (لا تبطل) الشفعه ان سلمها بعد الحكم له فيها لا تبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا تبطل باخراج الاولى عن ملكه واما يستحق المشترى الدار المبيعة شفعتها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لانه لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له (وان بيعت بعد قبض المشترى) المبيعة فاسدا (فالشفعة للمشترى) لثبوت الملك له بالقبض (وان استرد البائع منه) اى من المشترى (المبيعة) بحكم الفساد (قبل الحكم له) اى للمشترى بالشفعة (بطلت شفعته) لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعه (وان) استردها منه (بعد الحكم له) (بقيت الباقية على ملكه) اى ملك المشترى لانه احدها حتى كان له حق الاخذ (والمسلم والذمى فى الشفعه سواء) للعمومات ولانهما استويا فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا استوى فيها الذكور والاناث والصغير والكبير خلافا لابن ابى ليلى فى الذمى والصغير (وكذا الحر والعبد المأذون والمكاتب) اى سواء (واو) وصلية (فى بيع السيد كالعكس) اى للمأذون والمكاتب شفعه فى مبيع السيد كما للسيد شفعه فى مبيع المأذون والمكاتب لان ما فى يدهما ليس ملكا مولاهما قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وغيره تجب الشفعه للعبد المأذون حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا وكذا تجب الشفعه لسيده فيما باعه عبده المأذون الذى عليه دين محيط لان ما فى يد العبد المستغرق ملك له لا لمولاه قيد باحاطة الدين ماله ورقبته ليس بشرط بل الاحاطة هنا قيد لازم لظهور حق الشفعة بخلاف ما ادام لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعه لمن بيع له انتهى فعلى هذا ان المصنف قد اطلق فى محل التقييد وحمل صاحب الفرائد على ما قال صاحب الاصلاح ليس كما ينبغى تدبر

(فصل)

(وتبطل الشفعه بتسليم الكل او البعض) اى كل المشراة او بعضها الى البائع قبل البيع لان التسليم قبله لا يبطلها اما تسليمه الكل فلانه صريح فى الاسقاط واما البعض فلان حق الشفعه لا يتجزى ثبوتا لانه علكه كما لكه المشترى والمشترى

لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يجرى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله كما فى الاختيار (ولو) وصلية اى ولو كان التسليم (من الوكيل) والمراد من الوكيل الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليم الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند الامام وعند ابى يوسف يصح مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلا ولو اقر هذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهى مسئلة اقرار الوكيل وموضعها فى الوكالة (و) تبطل الشفعة (بترك طلب المواثبة او) طلب (التقرير) حين علم مع القدرة عليهما لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين او احدهما دليل الاعراض (و) تبطل الشفعة (بالصلح) اى صلح المشترى الشفيع (عن الشفعة على عوض) لانه احد الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) اى على الشفيع (رده) اى العوض لان حق الشفعة لم يكن متقررا فى المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم فيكون المأخوذ رشوة (وكذا) تبطل شفعته (او باع شفعته بمال) لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازا فتسقط الشفعة ولا يلزم المال بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك فى المحل (وكذا لو قال للمخيرة اختارينى بالف اوقال العنين لامرأته ذلك) اى ترك الفسخ بالف (فاختارته) اى اختارت الزوج (بطل خيارها ولا يجب العوض) لانه لم يقابله حق متقرر فلا يكون تجارة عن تراض فلا يحل (وتبطل) الشفعة (ببيع ما يشفع به قبل الحكم له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء واما بعد القضاء فيكون ميراثا للورثة ولا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع العقار بشراء المشفوع اولا لانه لا يختلف فى الحالين وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم (و) تبطل ايضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ بعد الطلب اوقبله فلا يورث عنه وقال الشافعى لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التمليك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته (لا) تبطل (بموت المشترى) لوجود المستحق (ولا شفعة لمن باع) صورته وكل صاحب الدار شفيعها ببيعها فباعها لان البيع يدل على الاعراض وعند الائمة الثلاثة تجب له الشفعة (او بيع له) صورته ان المضارب باع دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له (او ضمن) الشفيع (الدرك) عن البائع

فان الشفعة تبطل لانه لم يجب له الدرك حين لم يحصل له الدار وذلك لا يكون الا بترك الشفعة وفي احدهما اسقاط ذلك وعند الائمة الثلاثة تجب (او ساوم المشترى بيعا او اجارة) او طلب الشفيع من المشترى ان يوليه عقد الشراء فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض (وتجب) الشفعة (لمن ابتاع) قيل بيانه لو وكل المشترى شفيع الدار بشرائها فاشترى فله الشفعة (او ابتيع له) بانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى كان له الشفعة ولا فرق بين ان يكون البيع او الشراء من الاصيل او وكيله في بطلان الشفعة في الاول ووجوبها في الثاني (ولو قيل للشفيع انها) اى الدار التي تثبت فيها الشفعة له (بيعت بالف) درهم (فسلم) الشفيع لاجل الاستكثار (ثم بان) اى ظهر (انها بيعت باقل) من الالف (او) ظهر انها بيعت (بكيلي او وزني او عددي متقارب قيمته الف او اكثر فله) اى للشفيع (الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسر وعدم الرضاء على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا او جنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها (وان بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف) او اكثر (فلا) شفعة له اما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بعرض قيمته مثل قيمة الذي سلمه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب في غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلان الجنس متحد في حق الثمنية ولهذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس وهو قول الائمة الثلاثة كما في الهداية وغيرها لكن في التبيين هذا قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول الامام وزفر وفي النهاية نقلا عن المبسوط وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع ولعل اختيار ما اختار صاحب الهداية ولهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا الثلثة تتبع وانما قيد بالف او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته (ولو قيل له) اى للشفيع (المشترى فلان فسلم) الشفعة (فبان انه) اى المشترى (غيره) اي غير فلان (فله الشفعة) لان رضاءه بجواره لا يجوز غيره لتفاوت الناس (ولو قيل له) المشترى (فلان) فسلم (ثم بان انه) اى المشترى (هو) اى فلان (مع غيره فله الشفعة في حصة الغير) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه) اى الشفيع (بيع النصف فسلم الشفعة فظهر بيع الكل فله الشفعة في الكل) لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه

اسقاطا للكل وعلل صاحب الهداية بان التسليم لضرر الشركة ولاشركة لكن في التبيين هذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما واما اذا اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر بشراء النصف لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه وقيل له الشفعة ومال اليه شيخ الاسلام كما في المنح ثم شرع في بيان الحيلة فيها فقال (وان باعها) اى الدار (الا ذراعا) اى مقدار ذراع (من طول) الجدار الذى يلى (جانب الشفيع فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق (وان شرى منها) اى من الدار (سهما بثمن ثم شرى باقيها) اى باقى الدار (فالشفعة في السهم فقط) لان الشفيع جار والمشترى شريك في الباقى فيقدم عليه ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقى بالدرهم فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لاسيما اذا كان جزأ قليلا كالعشر او اقل مثلا (وان ابتاعها) اى ان اشترى الدار (بثمن) كثير كالف (ثم دفع عنه) اى عن الثمن (ثوبا) يساوى مائة درهم مثلا (اخذها الشفيع بالثمن لابقيمة الثوب) لان الثوب عوض عما في ذمة المشترى فيكون البايع مشتريا بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الشريك والجار لكن فيه ضرر البايع لانه اذا استحقت الدار المشفوعة يبقى كل الثمن والاوجه ان يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوعة يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير كما في الهداية وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها صاحب الدرر وهو قوله او اشترى بدراهم معلومة اما بالوزن او الاشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض لان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة فجهالة الثمن تمنع الشفعة (ولا تكره الحيلة في اسقاطها) اى الشفعة (عند ابى يوسف) لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو الاخذ بلا رضاه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وان تضرر الغير في ضمنه وهو رواية عن الامام (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى قبل وجوبها) واما بعد وجوبها فمكروهة بالاجماع (وعند محمد تكره) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى قيل لاتكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف في فصل الزكوة والمختار عندى ان لاتكره في الشفعة دون الزكوة كما في شرح الكنز للعينى وفي التنوير ولا حيلة لاسقاط الحيلة لما قال البزازى وطلبناها كثيرا فلم نجدها (وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لاحصة بعض البائعين) يعنى اشترى جماعة عقارا والبايع واحد تعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان يأخذ

نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البائع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الآخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم دون بعض بل يأخذ الكل او يترك والفرق ان في الوجه الثاني أخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وهو عيب الشركة وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشتري انفسهم لانه كواحد منهم بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع سواء سمى لكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في العدد والاتحاد للعاقد دون المالك وتمامه في الكتب من مطالع (والجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان) وصلية (وقع في غير جانبه) يعني اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع اخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة وليس للشفيع نقضها مطلقا سواء كانت القسمة بحكم او بالتراضي اذ القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما قسما بالقضاء او بالتراضي فللشفيع ان ينقض القسمة وفي الهداية ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن الامام انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر (وللعبد المأذون المديون الاخذ بالشفعة في بيع سيده وبالعكس) هذا مستدرك لما سبق قبيل الفصل بل الاولى ان يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد واكتفى بذكره (وصح تسليم الاب والوصي شفعة الصغير) عند الشيخين (خلافا لمحمد فيما يبيع بقيمة او اقل) اي قال عنده لا يصح تسليمهما شفعة الصغير والصبي على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما ان هذه معنى المبادلة وهما يملكانها الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده منهما وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء (وقوله) اي قول محمد (رواية عن الامام في الاقل الذي

لا تتغابن فيه) وفى الكافى اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن ادخاله فى ملكه لا ازالة عن ملكه ولم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن ابى يوسف وفى التبيين كلام فليطالع

(كتاب القسمة)

عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة رقيا من الادنى الى الاعلى لجوازها ووجوب القسمة فى الجملة (هى) اى القسمة لغة بالكسر اسم من الاقتسام كما فى المغرب او التقسيم كما فى القاموس لكن الانسب بما يأتى من لفظ القاسم ان يكون مصدر قسمه بالفتح اى جزأه كما فى القهستانى وفى الشريعة (جمع نصيب شائع فى معين) اى فى مكان معين وسبب القسمة طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لا تصح القسمة وركنها هو الذى يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فات بها لا تقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر وحكمها تعين نصيب كل من الشركاء على حدة وهى مشروعة فى الاعيان المشتركة لان النبى عليه السلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير (وتشتمل) اى القسمة مطلقا سواء كانت فى المثليات او القيميات (على) معنى (الافراز) وهو اخذ عين حقه (والمبادلة) وهى اخذ عوض عن حقه (والافراز) وهو التمييز (اغلب) اى راجح (فى المثليات) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها ثم فرع بقوله (فيأخذ الشريك حظه) اى نصيبه (منها) اى من المثليات (حال غيبة صاحبه) فى ذوات الامثال لكونه عين حقه (ولو اشترياه) الضمير المنصوب راجع الى المثلى الدال عليه لفظ المثليات (فاقتسماه فلكل) اى لكل واحد منهما (ان يبيع حصته مرابحة) وتولية (بحصة ثمنه) ولو كانت مبادلة لما جاز هذا وفى الاختيار فلا يخلو عن معنى المبادلة ايضا لان ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه الا انه جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (والمبادلة) اى الاعطاء من الجانبين (اغلب فى غيرها) اى فى غير المثليات من العقار وسائر المنقولات للتفاوت بين ابعاضها (فلا يأخذه) اى الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه

بعدم الضرر وله بيعهما (ولو منع) حصته (من اجنبي بعد الشراء والقسمة) ولو كانت افرازا جاز (ويجبر عليها) اى على القسمة (فيه) اى في غير المثلى (عند طلب الشريك في متحد الجنس) لمعنى الافراز في الجملة عند طلب احد الشركاء من القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه (لا في غيره) اى لا يجبر على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت لان ما يأخذه ليس عين حقه بل هو عوض حقه فيلزم من الرضاء ولو تراضيا عليها تجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن الوصول الى حقه اما اذا لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة كما في قضاء الديون (وندب للقاضي نصب) رجل (قاسم يكون رزقه من بيت المال) لانه من جنس عمل القضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم بلا) اخذ (اجر منهم) لكونه ارفق للانام وابعد من التهمة (فان لم يفعل) اى لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال لان النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب فهو مخير ان ينصب وان لا ينصب فان لم ينصب (ينصب قاسما يقسم) بين الناس (باجر) على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضي ان يأخذ الاجرة على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء (بقدره) اى اجر المثل (له) اى للقاسم (المعين) لئلا يطمع في اموالهم ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين وقيل يقدر الاجر بربع العشر كالزكوة لانها عمل العامة فاشبه الزكوة كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (وهو) اى اجر المثل (على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل في المشقة (وعندهما على قدر السهام) لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره وبه قال الشافعي واحمد واصبغ المالكي (واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن) اى ما ذكر من الكيل والوزن (للقسمة) لان الاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز (وان) كان (لها) اى للقسمة (فعلى الخلاف) حيث تجب الاجرة على عدد الرؤس عنده وعندهما على قدر السهام (ويجب كونه) اى القاسم (عدلا امينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاة ويعتمد على قوله فتشترط العدالة والامانة والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد العدالة وهي من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما في المنح وغيره وليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى تأمل كما قال يعقوب باشا (ولا يجبر الناس على قاسم واحد) اى لا يعين القاضي قاسما واحدا للقسمة لانه يتحكم في الزيادة على اجر مثله (ولا يترك القسام) جمع قاسم (ليشتركوا) اى يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا تصير

الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك (وصح الاقسام بانفسهم) بالتراضي بلا امر القاضي) لولايتهم على انفسهم واموالهم (ويقسم على الصبي وليه او وصيه) كالبيع وسائر التصرفات (فان لم يكن) اي وان لم يوجد احدهما (فلابد من امر القاضي) اي نصب القاضي له من يقسم قوله ويقسم الى هنا كلام صاحب الاختيار لكن في عامة المعتبرات وصحت برضاء الشركاء الا عند صغر احدهم ولا نائب عنه وكذا الحكم عند جنون احدهم (ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم) اي لو ادعى الشركاء ارث العقار عن زيد عند القاضي لا يقسم بينهم باعترافهم (مالم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند الامام لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والاقرار حجة قاصرة لا تتعدى الى غير المقر فلابد من البينة لتكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه فلا حاجة الى القسمة بخلاف المنقول لانه غير محفوظ بنفسه (وعندهما يقسم باعترافهم) ويذكر في كتاب القسمة ذلك يعني انه قسمها بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا تتعدى الى شريك لهم آخر وبه قال الشافعي واحمد في قول (وغير العقار يقسم اجماعا) لان في قسمته نظرا لاحتياجه الى الحفظ كما مر (وكذا العقار المشترى يقسم) اتفاقا لان من في يده شيء فالظاهر انه له وفي رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون في ايديهم والملك للغير والاول اصح (والمذكور مطلق ملكه) اي يقسم اتفاقا فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقوله من غير اقامة البينة وذلك لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليه فيجوز (وان برهنا) اي اقام رجلان بينة (ان العقار في ايديهما) وطلبا القسمة (لا يقسم حتى برهنا) اي حتى يقيما البينة (انه) اي العقار ملك (لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العيني وغيره في شرح الكنز وهذه المسئلة بعينها هي المسئلة السابقة وهي قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيهما ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط هنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين وليس فيه ما يدل على ذلك والا فتقع المسئلة مكررة يتحاشى عنه مثل هذا المختصر انتهى ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب او صبي قسم العقار بينهم بطلب الحاضرين هكذا وقع في الوقاية والهداية وفي العناية قيل هذا سهو والصحيح في ايديهما لانه لو كان في ايديهم لكان البعض في يد الطفل او الغائب وسيأتي انه ان كان

لايقسم واجيب عنه بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما الكنه ملبس اذ هي هذه القرينة وقعت في دائرة الهداية لا في عبارة المصر لانه قال و رهنوا بصيغة الجمع فلا يمكن الجواب عنه بذلك (ونصب وكيل) للغائب (او وصي) للصبي (نص) او وكيل (حصة الغائب او) لقبض الوصي (حصة الصبي) لان في هذا نظرا للغائب والوصي ولابد من اقامة البينة عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كما مر (ولو كان العقار في يد الغائب او شيء منه) اي من العقار في يد الغائب (او) كان (في يد مودعه او) كان (في يد الصغير لا يقسم) لان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شيء في يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه سواء اقيمت البينة بها اولا (وكذا) لا يقسم (لو حضر وارث واحد) و رهن على الموت والعدد والباقي غائب عن النظر اوصي لان الواحد لا يكون مخاصما ومخاصما فلابد من اثنين (او كانوا مشترين وغاب احدهم) اي لا يقسم لان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل ولا يقضى (واذا انتفع كل) واحد (من الشركاء بحصته بعد القسمة قسم بطلب احدهم) لان في القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما شملها (وان تضرر الكل) بالقسمة كالحمام ونحوه (لا يقسم الا برضاهم) لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض (وان انتفع البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) لتضرره لقلة حظه (قسم بطلب ذي النفع) لانه طالب تكميل منفعة ملك (لا بطلب الآخر وهو الاصح هذا قول الخصاف والامام السرخسي لانه لا فائدة له فهو متعنت في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا يفيد وفي الدر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل رضي بضرره وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وفي الفتح ينبغي ان يعول على ما جزم به عامة اصحاب المتون والشروح لانها هي الموضوعة لنقل المذهب فلا يعارضه ما في الفتاوى وانما يعول عليها اذا لم تعارضها كتب الاصول وهي الموضوعة لنقل المذهب واما مع معارضتها لها فلا يلتفت اليها كما في انفع الوسائل (و قسم العروض من جنس واحد) اي يقسم القاضي

عروضا اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبرا لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة (ولا يقسم) القاضي (الجنسين) باعطاء (بعضهما في بعض) لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تميزا بل معاوضة ولا بد فيها من التراضي وهذا بالاجماع (ولا) يقسم القاضي (الجواهر) مطلقا لان جهالتها متفاحشة لتفاوتها قيمة وقيل لا يقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل لا يقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس كاللآلي واليواقيت (ولا) يقسم (الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد ولا الحائط بين دارين الا برضاهم) استثناء من قوله ولا يقسم الجنسين الى هنا اي الا برضاء الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (وكذا) لا يقسم (الرقيق الا برضاهم) عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة متعذر ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وبخلاف المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لا بالعين وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط اواناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (والدور المشتركة) بين الاثنين او اكثر كائنا (في مصر واحد يقسم) كل واحدة (على حدته) الا بتراضي الشركاء عند الامام وهو الصحيح وهذا قسمة فرد لا قسمة جمع لان الدور اجناس مختلفة بوجوه السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الى اصل السكنى فيوجد فحش التفاوت باعتبار المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والسوق (وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض جاز) ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الى رأي القاضي ان شاء قسم وان شاء لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة والكروم المشتركة (وفي مصرين يقسم كل على حدته بالاتفاق) فيما رواه هلال وعن محمد لو كانت احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما في الاخرى كما في الاختيار (وكذا) لا يقسم احديهما في الاخرى دار وضيعة او دار وحانوت) في مصر بل يقسم على الانفراد بالاتفاق لاختلاف الجنس قال صاحب الهداية جعل الدار والحانوت هنا جنسين وذكر في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز لاحتمال الربوا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة

الربوا وهالك على شبهة الحاسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهي السكنى وفي الكافي ان هذا مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لا النازل هم اوقيل الامام الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتب وفي العناية وحاشية المولى سعدي جواب المطالع (والبيوت في محلة واحدة اوفي محلات يجوز قسمة بعضها في بعض) لان التفاوت في البيوت يسير (والمنازل الملاصقة) بعضها مع بعض (كالبيوت) اي يجوز قسمة بعضها في بعض (و) المنازل (المتباينة) بعضها عن بعض (كالدور) اي لا يجوز قسمة بعضها في بعض بل يقسم كل منزل على حدة سواء كان في دار او محال لانها تتفاوت في السكنى لكن دون التفاوت في الدور وفي البيت فاخذ شبها من كل واحد فان لا زقيت فقسمة فردوا لا فقسمة جمع وفي الاختيار واذا قسمت الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة ويجوز ان يفضل بعضهم على بعض تحقيقا للمعادلة في الصورة والمعنى اوفي المعنى عند تعذر الصورة

(فصل)

في كيفية القسمة (وينبغي للقاسم ان يصور) على قرطاس اونحوه (ما يقسمه) ليمكنه حفظه واصابته (ويعدله) اي يسوى ما قسمه على سهام القسمة (ويذرعه) اي يذرع ما قسمه ليعرف قدره بان يصور الدرجات على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع في ذراع بشكل لبنة (ويقوم البناء) اذ التقويم محتاج اليه بالآخرة (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه يكمل ولارتفاع النزاع هذا ماهو الافضل ان امكن ولذا يجوز تركه (ويلقب الانصباء) جمع نصيب (بالاول والثاني والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (ويكتب اسماءهم) اي اسامي الشركاء ويجعلها بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها ثم يدلكها ثم يجعلها في وعاء اوفي كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد (ويقرع) لتطيب القلوب (فالاول لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا) الى ان ينتهي الى الآخر قال ابن الشيخ في شرح الوقاية ويكتب اسماءهم على القرعة او غيرها ويبدأ القسمة من اي طرف كان فيجعل الطرف الشرقي اول ويجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا فيخرج القرعة المكتوبة ويعطى السهم الاول لمن خرج اسمه فيها اول والثاني لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة الى اخراج قرعة اذ بقى له سهم واحد لا نزاع هذا في السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متفاوتة بان كان لاحدهم مثلا نصف وللثاني سدس وللثالث ثلث فيجعل السهام

ستة فان خرج فى القرعة الاولى اسم من له الثلث اتفاقا فله السهمان احدهما هو الملقب بالاول فى طرف شرقى والاخر مايليه تتميما لحقه ثم ان خرج فى الدفعة الثانية اسم من له النصف فله ثلثة اسهم على الاتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلاحاجة الى اخراج قرعة والقرعة هنا لازالة تهمة الميل عن القسام اوالقاضى فى اعطاء كل سهام لافى اصل الاقتسام فمعنى القمار يسقط عن الاعتبار (ولايدخل الدراهم فى القسمة الابرضاهم) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولايكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الااذاتعذر فح للقاضى ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الدار لافى الدراهم فلايجوز قسمة ماليس بمشترك كما فى الدرر وعن ابى يوسف يقسم الكل باعتبار القيمة اذاكان ارض وبناء لتعذر التعديل الابالقيمة وعن الامام انه يقسم الارض بالمساحة على الاصل فى الممسوحات فمن كان نصيبه اجود اووقع له البناء يرد على الآخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم فى القسمة ضرورة اولاية الاخ وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض فى مقابلة البناء فاذابقى فضل ولايمكن التسوية بان لاتفى الارض بقيمة البناء فح يرد فى مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر وفى الاختيار وقول محمد احسن واوفق للاصول (فان وقع مسيل) ماء (اوطريق) المرور (لاحدهم فى نصيب اخر و) الحال انه (لم يشترط) ذلك فى القسمة (صرف) المسيل اوالطريق (عنه) اى عن الآخر (ان امكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) اى وان لم يمكن صرفه عنه (فسخت القسمة بالاجماع) لاختلالها وتستأنف لان الحق تمليك المنفعة ولايكون ذلك الابالطريق والمسيل (ويقسم) القاضى (سهمين من العلو بسهم من السفل) عندالامام (وعند ابى يوسف) يقسم (سهمابسهم وعند محمد يقسم بالقيمة) كما اذا كان علو مشتركا بين رجلين وسفله لرجل وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وطلبا القسمة اواحدهما قال الامام يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لايبقى بعد فناء السفل وقال ابو يوسف يحسب ذراع من السفل بذراع من العلو لان الاصل هو السكنى وقداستويا فيه وقال محمد يقوم كل على حدة ويقسم بالقيمة لان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففى الصيف يختار العلو وفى الشتاء السفل فلايمكن التعديل الابالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان اجاب كل واحد بماشاهده فى زمانه وفى شرح

الطحاوي الاختلاف في الساحة ولها البناء ويقسم بالقيمة اتفاقا (وعليه) اي على قول محمد (الفتوى) كما في اكثر المضمرات (فان اقر) والاولى بالواو (احد المتقاسمين بالاستيفاء) اي باخذ تمام حصته من المقسوم (ثم ادعى ان بعض نصيبه) وقع (في يد صاحبه) غلطا بعد ما شهد على نفسه بالاستيفاء (لا يصدق) قوله (الا بحجة) منه لان هذه الدعوى تخالف اقراره السابق بالاستيفاء فلا تسمع دعواه الا بالبينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون وجها لاقامة البينة وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية الهداية في ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان لم تقم عليه بينة استحلف الشركاء انتهى وقال ابن الشيخ في شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لا نزاع فيه بل يمنع قول من قال وقيل المراد بالحجة اقرار الخصم او نكوله لا غير لكون الدعوى على الناقض وقال صاحب الاصلاح الا بحجة من بينة المدعي واقرار الخصم ونكوله على المعتمد (وتقبل شهادة القاسمين) بعد الاجر عند اختلاف المتقاسمين (فيها) اي في القسمة عند الشيخين لانها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (خلافا لمحمد) فان عنده لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلاثة لانها شهادة على فعل نفسهما فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولا يجيزان انهما بعدا قال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح فلذا اطلق في الكتاب كما في شرح الكنز للعيني (وان قال) احد المتقاسمين بعد ما اقر بالاستيفاء (قبضته) اي حقي (ثم اخذ) صاحبي (بعضه) مني بعد ما قبضته (وانكر شريكه) ذلك (حلف خصمه) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وفي التسهيل ولا فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى في ان الخصم يحلف فيهما اذا لم يكن له بينة الا انه في الاولى ينبغي ان تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية (وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني) من ذلك (كذا) الى كذا (ولم يسلم) ما اصابني من حقي (الى وكذبه الآخر تحالفا وفسخت) القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع وفي الفرائد نقلا عن التسهيل هذه هي المسئلة بعينها واجاب هنا انه تقبل دعواه لكن ينبغي ان لا تقبل للتناقض فظهر ان في المسئلتين روايتين (ولو ادعى) احد المتقاسمين (غبنا) في القسمة (لا يعتبر كالبيع) اي كما لا اعتبار بدعوى الغبن في البيع

اووجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء) القاضى (والغبن فاحش تفسخ) القسمة ح وقال صاحب المنح ولوظهر غبن فاحش فى القسمة فان كانت بقضاء القاضى بطلت عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد واووقعت القسمة بالتراضى تبطل ايضا فى الاصح وقيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافى وتمامه فيه فليطالع (ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لا تفسخ) القسمة اتفاقا على الصحيح (ويرجع البعض) (بقسطه فى حظ شريكه) كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد احدهما بيت هو خمسة اذرع رجع بنصف ما استحق فى نصيب صاحبه (وكذا) لا تفسخ (فى الشايع عند الامام وعند ابى يوسف تفسخ) القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشايع وبه قال الشافعى واحمد وهو قول محمد فى رواية ابى سليمان وروى ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما فى الكافى وغيره (وفى بعض مشاع فى الكل تفسخ اجماعا) لانه لو ثبت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه (ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط) بماله (نقضت) القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث (وكذا تنقض القسمة لو ظهر دين لكنه (غير محيط) بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة (الا اذا بقى بلا قسمة ما يفى به) اى بالدين فح لا تفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولو ابرأ الغرماء) بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم (او اداه) اى الدين (الورثة من مالهم لا تنقض) القسمة (مطلقا) اى سواء كان الدين محيطا او غير محيط لزوال المانع وفى الهداية ولو ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

(فصل)

فى المهايأة (ويجوز المهايأة) عند تعذر الاجتماع على الانتفاع وهى لغة مفاعلة من التهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايئ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها وقيل مفاعلة من التهيأ فكانه يتهيأ للانتفاع به عند فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايئ ان الاول يجمع المنافع فى زمان واحد والثانى يجمع على التعاقب ويجرى فيه جبر القاضى كما فى القسمة فيما يحتملها

وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع (ويجبر عليها)

الشريكان (في دار واحدة) متعلق بقوله و

(بان يسكن هذا) الشريك (بعضا) اى بعض الدار (وهذا) الشريك (بعضا) آخر من الدار (او هذا) يسكن (في علوها وهذا في سفلها) لان القسمة على هذا الوجه جائزة (فكذا المهاياة) والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجمع الانصباء لامبادلة ولهذا لايشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد اولم يشرط لحدوث المنافع على ملكه كما في الهداية وتجوز المهاياة (في بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وله) اى لكل واحد منهما (الاجارة) اى اجارة ما اصابه (و) اخذ الغلة (في نوبته) متعلق بالاجارة لانه قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها (و) تجوز المهاياة (في عبد واحد) يخدم العبد (هذا يوما وهذا يوما) لان المهاياة قد تكون في الزمان من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي ...

وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة ...

الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة (و) تجوز المهاياة (في عبدين يخدم احدهما) اى احد العبدين (احدهما) اى احد الشريكين (و) يخدم العبد (الآخر) الشريك (الآخر) لااشكال على اصلهما لان عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم واما عند الامام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على مابيناه (ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا) بخلاف الكسوة لان العادة جرت بالمسامحة في الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت في الطعام وكثرته في الكسوة فان وقت شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لان عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل (و) يجوز (في دارين يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (و) يسكن (هذا) الشريك (الآخر) الدار (الاخرى) ويجبره القاضي عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجبر الجبر على قسمتهما واما عنده فلان المنافع فيها لاتتفاوت فيجوز ويجبر منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لايجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لايجوز التهايؤ فيهما اصلا لابالجبر ولابالتراضي (ولايجوز ذلك) اى التهايؤ (في دابة) يركب هذا يوما وهذا يوما (او دابتين) يركب هذا هذه وهذا

الاخرى (الابتراضيهما) عندالامام لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واحذق بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال دار) يستغلها هذا شهرا ويأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها (اودارين هذا هذه) يعنى هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الآخر يستغل الدار الاخرى ويأخذ غلتها فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغيير (لا فى استغلال عبد اودابة) اى لايجوز التهايؤ فى استغلالهما لان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة (ومازادفى) نوبة (احدهما فى الدار الواحدة) من الغلة على الغلة فى نوبة الآخر (مشترك) لتحقق التعديل بخلاف مااذاكان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلاتضره زيادة الاستغلال من بعد لافى الدارين وفى الهداية والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز ايضا فى ظاهر الرواية ولوفضل غلة احدهما لايشتركان بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال عبدين هذا هذا) اى يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته (وهذا الآخر) اى يستغل الشريك الآخر ويأخذ غلته (لا) يجوز (عند الامام) لان التفاوت فى اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة يجوز ضرورة ولاضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونه عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلايتقايسان كما فى الهداية (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع (وعلى هذا) الخلاف (الدابتان) حيث منع الامام المهايأة فى بغلتين مثلا وجوزها صاحباه لما ذكر (ولايجوز) المهايأة (فى ثمر شجر ولبن غنم اواولادها) لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلاحاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث يجوز المهايأة فيه حتى لوكانت جاريتان مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لاقيمة لها فجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوه ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع

جائزكما فى الدين (ويجوز) المهاياة (فى عبد ودار على السكنى والخدمة) لان الحق منهما يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى (وكذا) تجوز المهاياة (فى كل مشترك المنفعة) كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهاياة (ولا تبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما) لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو طلب احدهما القسمة والآخر المهاياة بطلت) المهاياة فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى فى استكمال المنفعة

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج فى عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وهى مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) اى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) ويسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها اهل العراق القراح (وهى) اى المزارعة (فاسدة) عند الامام لان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة بالثلث والربع والمخابرة هى المزارعة على لغة اهل المدينة والتخصيص بالثلث والربع للعادة فى هذا الزمان لشمول الفساد ثابت فى غيرهما ايضا ولهذا قيل فى التعريف ببعض الخارج ولانها فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وعندهما جائزة) لانه عليه الصلاة والسلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ولان الحاجة ماسة اليها لان صاحب الارض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل لا يجد ارضا ولا ما يعمل به فدعت الحاجة الى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وبه) اى بقولهما (يفتى) لتعامل الناس وبمثله يترك خبر الواحد والقياس قال الامام الحصيرى وابو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على اصوله اى على قول من جوز المزارعة كما فى الخلاصة وفى المبسوط ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة وعلى اصول ابى حنيفة انه لو كان يرى جوازها لعلمه ان الناس لا يأخذون فيها بقوله لاحتياجهم اليها وتعاملهم بها (ويشترط فيها) اى فى المزارعة عند من يجوزها (صلاحية الارض للزرع) لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها صالحة للزراعة (و) يشترط (اهلية العاقدين) لانه لم يصح عقد بدون الاهلية (و) يشترط (تعيين المدة) لتصير المنافع معلومة

كسنة او اكثر فان ذكر وقت لا يمكن فيه من الزراعة فهى فاسدة وكذا ذكر مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا وجوزه بعض وعن محمد بن سلمة انها بلا ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث (و) يشترط تعيين (رب البذر) قطعا للمنازعة (و) يشترط تعيين (جنسه) اى البذر ليصير الاجر معلوما اذ الاجر بعض الخارج (و) يشترط تعيين (نصيب الآخر) اى بيان نصيب من لا بذر من جهته لانه اجرة عمله اوارضه فلا بد ان يكون معلوما (و) يشترط (التخلية بين الارض والعامل) لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح (و) يشترط (الشركة فى الخارج) بعد حصوله ليتحقق المعنى المقصود من المزارعة وهو الشركة لانها تنعقد اجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء ثم فرع على هذا الشرط بقوله (فتفسد) اى المزارعة (ان شرط لاحدهما) اى لاحد العاقدين (قفزان) جمع قفيز (معينة) لاحتمال انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقدارا مذكورا اوقليلا فحينئذ لا يوجد على ما عقد عليه وهو الاشتراك فيما يخرج على الشيوع (او) شرط لاحدهما (ما يخرج من موضع معين) وكون الباقى بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل حبة الا من موضع مذكور (كالماذيانات) جمع ماذيان وهو معرب وهو اصغر من النهر واعظم من جدول (والسواقى) جمع ساقية وهى فوق الجدول دون النهر كما فى المغرب فيكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وانما تفسد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منها فيؤدى الى قطع الشركة (او) شرط (ان يرفع قدر البذر) لصاحب البذر ويكون الباقى بينهما (او) شرط ان يرفع قدر (الخراج ويقسم ما بقى) من قدر البذر اوقدر الخراج بينهما لانه يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين اوفى الجميع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر اوالخراج والمراد من الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخراج اوثلثه اونحو ذلك من الجزء الشايع وان اشترطا رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدى الى قطع الشركة (او) شرط (ان يكون التبن لاحدهما والحب للآخر) لانه يحتمل ان تصيبه آفة لا تحصل بها الحب سوى التبن فيؤدى الى انقطاع الشركة فى المقصود وهو الحب (او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر) لانه خلاف مقتضى العقد (او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما) بعينه لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (وان شرط كون الحب بينهما والتبن

(رب البذر اوشرط رفع العشر) اى عشر الخارج والارض عشرية والباقى بينهما (صحت) المزارعة اما الاولى فيجوز الشركة لوجودها فى الكل ولكون الثنى لصاحب البذر على مايقتضيه حكم العقد لانه نماء البذر واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه اوللآخر والباقى بينهما (وان) شرط كون الحب بينهما و (لم يتعرض للتبن) لحصول الشركة فيما هو المرام (فهو) اى التبن (بينهما) وهذا قول مشايخ بلخ اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (وقيل) يكون التبن (لرب البذر) لانه نماء ملكه قال ابن النجم فى شرح الوقاية وفى ديارنا لصاحب البقر لكونه علفا له (واجر الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما) اى على العامل ورب الارض (بالحصص) لان الغرم بالغنم (فان شرط) الاجر (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد (وعن ابى يوسف انه) اى الشرط على العامل (يصح) للتعامل بين الناس اعتبارا بالاستصناع (وهو الاصح وعليه الفتوى) وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح فى ديارنا (وشرطه) اى الاجر (على رب الارض مفسد اتفاقا) لعدم التعامل بذلك (وما) كان (قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على المزارع وان) وصلية (لم يشترط) لان ذلك موجب عقد المزارعة لانه عمل يزداد به الزرع ولاينتقص وفى الهداية فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على مابيناه وماكان بعد القسمة فهو عليهما قال فى العناية لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر للاخر او) كانت (الارض لاحدهما والبقية) من العمل والبذر والبقر (للاخر او) كان العمل (لاحدهما والبقية) من الارض والبذر والبقر (للاخر صحت) المزارعة فى الكل اما الاولى فلان الاستيجار يقع على العمل هنا والبقر آلة للعامل كما يقع الاستيجار فى الخياطة على الخياط ويجعل ابرته آلة لها واما الثانية فلان صاحب البذر استاجر الارض بجزء معلوم من الخارج كاستيجارها بدراهم معلومة واما الثالثة فلان صاحب الارض استاجر العامل ليعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للاخر بطلت) المزارعة لان رب البذر

يصير مستأجرا بالبذر وانه لايجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك اويصير مستأجرا للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لايجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز لمافيه من العادة والقياس يترك به (وكذا) تبطل (لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للاخر) لان الشرع لم يرد به (او) كان (البذر لاحدهما والباقي) وهو العمل والبقر والارض (للاخر) وانما بطلت لان العامل اجير فلايمكن ان يجعل الارض تبعاله لاختلاف منفعتهما وههنا صورة اخرى لم يذكرها وهي ان يكون البقر من واحد والباقي من اخر قالوا هي فاسدة لان ذلك استيجار البقر باجر مجهول اذلاتعامل في استيجار البقر ببعض الخارج فلايعلم ماهو اجره بحسب التعامل وفي التنوير دفع رجل ارضه الى اخر على ان يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض اجر ويجب عليه اجر نصف الارض لصاحبها وكذلك تفسد لوكان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من الاخر والريع بينهما على قدر بذرهما (واذاصحت) المزارعة (فالخارج على الشرط) اي فالخارج على ماشرط من النصف اوالثلث اونحو ذلك لصحة الالتزام (وان لم يخرج) من الارض شئ (فلاشئ للعامل) لان استحقاقه بالشركة في الخارج ولاشركة في الخارج (ومن ابى) اي امتنع (عن المضى) على موجب عقد المزارعة (بعد العقد اجبر) من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة وهي عقد لازم (الارب البذر) فانه لايجبر عند الاباء فانه لايمكنه المضى الاباتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولايدرى هل يخرج ام لافصار نظير مالواستأجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لايلحقه به ضرر كما في التبيين (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البذر) لمامر من انه نماء ملكه (وللاخر اجر مثل عمله) ان كان رب البذر صاحب الارض (او) اجر مثل (ارضه) ان كان البذر من قبل العامل (ولايزاد) اجر المثل (على ماشرط) اي على المسمى عند الشيخين لوجود الرضى كمافي الاجارة الفاسدة (خلافا لمحمد) فان عنده تجب بالغة مابلغت لان التسمية عند الفساد تكون لغوا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان فسدت) المزارعة (لكون الارض والبقر فقط لاحدهما (لزم اجر مثلهما) اي اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما (هو الصحيح) احتراز عما قيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة واما البقر فلايجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلاينعقد العقد عليه لاصحيحا ولافاسدا ووجوب اجر المثل لايكون بدون انعقاد العقد

والمنافع لاتتقوم بدونه (واذا فسدت) المزارعة بوجه من وجوه الفساد (والبذر لرب الارض فالخارج كله حلال له) اى حل له قدر البذر والفضل لانه نماء ملكه (وان) فسدت والبذر (للعامل) لايطيب له الخارج فح (تصدق بما فضل عن قدر بذره و) قدر (اجرة الارض) لانه حصل من بذره لكن فى ارض مملوك للغير بعقد فاسد فاوجب خبثا فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل كما فى الاختيار (واذا ابى رب البذر عن المضى وقد كرب العامل الارض) اى قلبها للحرث (فلاشئ له) اى للعامل فى عمل الكراب (حكما) اى قضاء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لايجب شئ (ويسترضى) اى الآبى فى عمله (ديانة) على وجه يمكن اذ الغرور فى الكراب من جانب الآبى (وتبطل المزارعة بموت احدهما) اى احد العاقدين (وتفسخ بالاعذار كالاجارة) وقدمر الوجه فى الاجارات (وتفسخ) المزارعة (ان لزم دين يحوج الى بيع الارض) بان لم يقدر على قضائه الابيبيع الارض (قبل نبات الزرع) لان ذلك عذر وهى تفسخ بالاعذار (لابعده) اى لابعد نبات الزرع (مالم يحصد) اى لونبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به قال صاحب الدرر ولو دفعها ثلث سنين فلمانبت فى الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك الزرع فى يد المزارع وقسم على الشرط وبطلت المزارعة فى السنتين الاخريين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفى القطع ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما فى الاخريين فلاحاجة الى الابقاء اذلم ينبت الحق للمزارع فى شئ بعد فعملنا بالقياس (ولاشئ للعامل ان كان كرب الارض اوحفر النهر) لان المنافع لاتتقوم الابالعقد وتقومها بالخارج فلاخارج (وان تمت مدتها) اى المزارعة قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض حتى يدرك الزرع ويستحصد لان فى قلعه ضررا فيبقى باجر المثل الى ان يستحصد ويجب على غيرا صاحب الارض بحصته من الاجرة (ونفقة الزرع) ومؤنة الحفظ وكرى الانهار (عليهما) اى على المتعاقدين (بقدر حصصهما) اى على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر فى المدة فاذا مضت انتهى العقد فتجب عليهما لانه مال مشترك بينهما (وايهما انفق بغير اذن الاخر ولاامر قاض فهو متبرع) لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق ولايقال هو مضطر الى ذلك لاحياء حقه لانه

يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار كالدار المشتركة (وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا) لمافيه من الاضرار بالمزارع (وان اراد المزارع ذلك) اى اخذ الزرع بقلا (قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما اواعط نصيبه) اى المزارع (اوانفق) انت (على الزرع وارجع فى حصته) اى ارجع عليه بما انفقته فى حصته لان المزارع لماامتنع من العمل لايجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود النهى نظر للعامل وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر كما فى الهداية (ولومات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك) لان العقد ثمه يبقى فى مدته وموجبه عليه الى ادراكه وحصاده (وان مات العامل) والزرع بقل (فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله) اى للوارث (ذلك) اى ان يعمل مكانه نظرا للورثة (وان) وصلية (ابى رب الارض) ولااجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل وهو لايستحق الاجر فى المدة كان الوارث ورثه مع مالزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر على العمل والعامل على الخيارات الثلث لما بينا لكن اورجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد كما فى الكفاية وفى التنوير الغلة فى المزارعة مطلقا اى صحيحة اوفاسدة امانة فى يد المزارع فلاضمان اوهلكت ومثله المعاملة واذاقصر المزارع فى سقى الزرع حتى هلك الزرع لم يضمن فى الفاسدة ويضمن فى صحيحة

(كتاب المساقاة)

لايخفى عليك انه كان المناسب ان يقدم المساقاة على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام باهل خيبر غيران اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة من المزارعة كمافى النتف وانما آثر على المعاملة التى هى لغة اهل المدينة لانها اوفق بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها اللغوى والشرعى فالتفرقة من الظن كمافى القهستانى (هى دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره) اى الشجر (وهى) المساقاة (كالمزارعة حكما) حيث يفتى على صحتها (وخلافا) حيث تبطل عند الامام (وتصح عندهما) كالمزارعة وبه قالت الائمة الثلاثة (وشروطا) يمكن شروطها فى المساقاة كذكر نصيب العامل والشركة فى الثمر والتخلية بين العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلايمكن فى المساقاة (الاالمدة فانها) اى المساقاة تصح بلاذكرها

اى بلا بيان المدة استحسانا فاتها لادراك الثمر وقلناه لوما وقت ماتمار وقت فيه فيدخل فيه ماهو المتيقن به وادراك البذر فى اصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع فى ظاهر الرواية لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة الفاحشة قال صاحب المنح وغيره وشروطها الا فى اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذ لاضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة باجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفى المزارعة بقيمة الزرع والرابع مابين فى المتن (وتقع) مدة المساقاة (على) مدة (اول ثمرة تخرج) فى هذه السنة فاول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم واخرها وقت ادراكه المعلوم فيجوز وفى المنح والفتوى على انه يجوز وان لم يبين المدة فتكون له ثمرة واحدة فلو لم يخرج فيها انقضت المساقاة (و) تقع (فى الرطبة على ادراك بذرها) اى دفع الرطبة لادراك البذر كدفع الشجر لادراك الثمر يعنى اذا دفعها بعد ما انتهى نباتها ولم يخرج بذرها فيقوم عليها لتخرج البذر فهو جائز كما فى القهستانى (ولو دفع نخيلا او اصول رطبة ليقوم عليها) مطلقا حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها لانه لايعرف متى ذلك (او اطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى يذهب اصولها (فسدت) المعاملة لانه لايعلم وقت اول جزء منها حتى لو عرف جاز كما لو اطلق فى النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى (ويفسدها) اى المساقاة (ذكر مدة لاتخرج الثمر فيها) اى فى المدة لفوات الحق وهو الشركة فى الخارج فللعامل اجر المثل (وان احتمل خروجها) اى خروج الثمر فيها (وعدمه) اى عدم خروجها فيها (جازت) المساقاة لاحتمال حصول الحق (فان خرج الثمر فيها) اى فى المدة (فعلى الشرط) الذى شرطاه (لتحقق الدوام) (وان تأخر عنها) اى عن المدة (فسدت) المساقاة (وللعامل اجر مثله) لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم فى الابتداء كما فى الهداية وفى المنح كلام فان شئت فارجع اليه (وكذا) اى للعامل اجر مثله (كل موضع فسدت) المساقاة (فيه) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة (وان لم يخرج شئ) من الثمر (فلاشئ له) اى للعامل بناء على جواز ان لا يخرج ابدا الاوقة مساوية فلم يتبين الخطأ فى المدة وفى القهستانى هذا عند ابى يوسف (والا) فله اجر المثل (ويصح المساقاة فى النخل والكرم والشجر والرطاب) يعنى البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما (واصول الباذنجان) عندنا لحاجة الناس فى كلها لا فى بعضها واعاد ذكر الشجر هنا مع انفهامه مما سبق وذكر النخل

مع دخوله في الشجر ردا للشافعي اذ عنده لا يجوز في الشجر ويجوز في النخل والكرم لوقوع الاثر فيهما لا في غيرهما (فان كان في الشجر ثمر ان كان الثمر يزيد بالعمل صحت) المساقاة (والا) اي ان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر (فلا) تصح لان العامل لا يستحق الاجر الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل (وكذا في المزارعة اذا دفع ارضا فيها بقل) فانها تجوز وان استحصد وادرك لم تجز لما قررناه قبله والاصل ان المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل لا تصح وانما يعرف خروج الاشجار عن حد الزيادة اذا بلغت واثمرت كما في المنح (وما قبل الادراك كالسقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل) لانه من تمام عمله (وما بعده) اي بعد الادراك (كالجذاذ) اي القطع (والحفظ) بعد الجذاذ (فعليهما) لان الثمر بعد الادراك صار ملكا مشتركا فيه فيشتركان في نحو هذا العمل بقدر الحصص (ولو شرطه) اي ما يعمل بعده (على العامل فسدت) المساقاة (اتفاقا) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للآخر فيكون مفسدا (وتبطل) المساقاة (بموت احدهما) اي احد العاقدين (فان كان الثمر خاما) اي نيا الكن في القرائد كلام ان شئت فارجع اليه (عند الموت او تمام المدة) على تقدير ذكر المدة فيها (يقوم العامل او وارثه عليه) كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر قال ابن الشيخ في شرح الوقاية ان مات الدافع في حال ان الثمر ني يقوم العامل عليه كما قام وان مات العامل والثمر ني يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه (وان) وصلية (ابى الدافع) على كونه حيا (او ورثته) ان ميتا اي ليس لهما المنع من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع ولا على ورثته (فان اراد) العامل (صرمه) اي قطعه (بسرا) والمناسب ان يقول نيا (خير الآخر) ان حيا (او وارثه) ان ميتا (بين ان يقسموه) اي البسر (على الشرط او يدفعوا قيمة نصيبه) اي نصيب العامل من البسر (او ينفقوا على البسر (حتى يبلغ ويرجعوا عليه) بما انفقوا في حصة العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم (كما مر في المزارعة) على هذا الوجه وقد بينا ههنا وجه الخيار فيها فلا نعيد (ولا تفسخ) المساقاة (بلا عذر) لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم شركة فيكون انفساخ عقدها بما تفسخ الاجارة به (ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر) وفي الهداية ومن الاعذار مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه

ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان واولى احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (وكذا كونه) اى العامل (سارقا يخاف منه على الثمر او السعف) قبل الادراك لانه لزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به (واو دفع فضاء) اى ارضا بيضاء الى رجل (مدة معلومة لان يغرس) فيها شجرا (فتكون الارض والشجر بينهما لا يصح) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا عمله (والشجر) الذي يغرس (لرب الارض) لوقوع الغرس بالتراضي فيتبع الارض لاتصاله بها (وللغارس قيمة غرسه و) اجر مثل (عمله) لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض او نصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه اجر مثله قيل حيلة الجواز ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستأجر صاحب الارض العامل ثلث سنين مثلا بشئ قليل ليعمل فى نصيبه وفى النور ذهبت الريح بنواة رجل والقتها فى كرم آخر فنبت منها شجرة فهي لصاحب الكرم وكذا لو وقعت خوخة فى ارض غيره فنبتت وفى المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لا يجوز لانه هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط

(كتاب الذبائح)

وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (الذبيحة اسم لما يذبح) مجازا باعتبار ما يؤول لان الذبيحة اسم لما ذبح او المعد للذبح كما فى شرح الكنز للعيني وفى القهستاني والذبيحة ما يستذبح من النعم فانه منقول الى الاسمية من الوصفية اذ الذبيح اسم ما ذبح فليس الذبيحة المذكاة كما ظن والمراد ذبح الذابح (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) جمع ودج والمراد الودجان والحلقوم والمرئ واعاد عنه بالاوداج تغليبا كما ورد فى الحديث قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم المذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج وبالكسر اسم كالذبيحة والذكاة الذبح وهى اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها قال حرم ذبيحة لم تذك فيراد بالذبيحة معناه المجازى فالمعنى حرم حيوان من شأنه الذبح اذا لم يذبح فيخرج السمك والجراد اذ ليس من شأنهما الذبح وقيل يراد بها معناها الحقيقى فالمعنى حرم مذبوح لم يذك يعنى لم يذكر اسم الله تعالى عليه فهذا لا يتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما تناولا ظاهرا وقيل المعنى حرم مذبوح لم يذبح ذبحا شرعيا حينئذ يفهم حرمة مثل المتردية والنطيحة بطريق

الدلالة فان ما كان حراما اذا لم يذك حال كونه مذبوحا فحرمة مالم يذك حال عدم كونه مذبوحا احرى واليق وحكمه الى الذهن اسبق لكن لايخرج منه السمك يقال حمل الذبيحة على معناها المجازى اولى من الحمل على معناها الحقيقى اذفى تناول الحقيقى لحرمة بعض الصور تكلف وفى اخراج مالم يذبح منه تعسف (وتحل ذبيحة مسلم وكتابى ذمى اوحربى) اما المسلم فلقوله تعالى الاماذكيتم والخطاب للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاتهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان وفى المنح المولد بين كتابى ومجوسى تحل ذكاته وفى التجريد ولواهل نصرانى على ذبيحته بغير اسم الله تعالى فيسمع كلامه لم تؤكل ومن لم يشاهد ذبحه منهم حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام قد قررناه فى النكاح (ولو) كان الذابح (امرأة اوصبيا اومجنونا يعقلان) حل الذبيحة بالتسمية ويضبطان شرائط الذبح ويقدران على الذبح والاصلاح فمن لا يعقل ولايضبط لاتحل ذبيحته (او) كان الذابح (اخرس) لان الاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقام تسميته كالناسى بل اولى (اواقلف) وانما ذكر الاقلف مع ان حل ذبيحته يفهم مما سلف احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لاتجوز منعا عن ترك الختن بلا عذر (لا) تحل (ذبيحة وثنى) لانه مشرك كالمجوس وهو الذى يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما عنده تحل لكن لاخلاف حقيقة على مامر فى النكاح (اومجوسى) لانه مشرك ليس له احتمال ملة التوحيد (اومرتد) لانه لاملة له حيث ترك ماعليه ولم يقر على ماانتقل اليه عندنا بخلاف اليهودى اذا تنصر اوبالعكس اوتنصر المجوسى اوتهود لانه يقر على ماانتقل اليه عندنا فيعتبر ماهو عليه عند الذبح حتى لو تمجس يهودى اونصرانى لايحل صيده ولاذبيحته (اوتارك التسمية) حال كونه (عمدا) مسلما كان اوكتابيا عندنا لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه خلافا للشافعى لقوله تعالى الاماذكيتم قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لايسع فيه الاجتهاد ولوقضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة تفصيل ولحاشيته للاخر مناقشة فليراجعهما وفى الهداية لكونه مخالفا للاجماع وفى القهستانى وفيه اشعار بان التسمية شرط الحل ويدخل فيه كل اسم من اسمائه تعالى فلوقال الله اوغيره مريدا به جاز فلوسمى ولم ينو الذبح لم يحل وخالان بسم الله والمستحب عند البقالى بسم الله والله اكبر وكذا عند الحلوانى الا انه كرهه مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلايكره وانما حل الاكل اذاسمى على الذبيحة لانه

سمى عند الذبح لافتتاح عمل لم يحل لما في التنوير ولو سمى ولم يحضره النية او ذبح بخلاف ما لو قصد بالتسمية التبرك في ابتداء الفعل فانه لا يصح كما لو قال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن فانه لا يصير شارعا في الصلوة وان لم يكن له نية في التسمية يحل وكذا اذا فصل بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل وكذا لو سمى وذبح لقدوم الامير او غيره من العظماء لا يحل لانه ذبح تعظيما له لا لله تعالى بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله تعالى (فان تركها) اي التسمية (ناسيا تحل) ذبيحته لان النسيان موضوع حكمه خلافا لمالك (وكره) المذبوح (ان يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلا دون عطف) مثل ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود القران والوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل قيل هذا اذا كان يعرف النحو اكل ذبيحتهم (و) كره (ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان) فانه لا يحرم لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره في اس‍ ناقبله (فان قاله) اي قوله اللهم تقبل من فلان (قبل الاضجاع) او بعد لاذكر (او) قبل (التسمية او بعد الذبح لا يكره) لما روي عن النبي عليه الاضجاع السلام انه اذا اراد ان يذبح اضحيته يقول هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر كما قررناه في الحج ثم يذبح ويقول بعده اللهم تقبل هذا من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ (وان عطف حرمت ذبيحته (نحو بسم الله وفلان بالجر) قال العيني في شرح الكنز والاوجه ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم فلان او بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة (وكذا) يحرم (ان اضجع شاة وسمى) ثم تركها ولم يذبحها (وذبح غيرها) اي غير الشاة (بتلك التسمية) لان التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة ولم تقع على الثانية فيحرم (وان ذبحها) اي الذبيحة الاولى (بشفرة اخرى حلت) لانه لا اعتبار باختلاف الآلة هنا (وان رمى الى صيد وسمى فاصاب) السهم (غيره) اي غير ذلك الصيد (اكل) لان التسمية هنا على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه هو الرمي دون الاصابة على ما قصده (وان سمى على سهم ورمى بغيره) اي بغير ذلك السهم الذي سمى عليه (لا يؤكل) لانه لم يعلق التسمية على ذلك الغير وكان رميه بلا تسمية (والارسال) اي ارسال الكلب والجارح (كالرمي) حكما فلو ارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة

بخلاف ما اذا ارسل كلبا وسمى ثم ترك وارسل آخر فاصاب لا يؤكل لعدم وجود التسمية على الآلة وهو الشرط وفى المنح ويشترط التسمية حال الذبح وفى الرمى عند الرمى وفى الارسال عند الارسال والمعتبر الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس (والشرط) فى التسمية (الذكر الخالص) المجرد عن شوب الدعاء وغيره قال ابن مسعود رضى الله عنه جردوا التسمية ثم فرعه بقوله (فلو قال) عند الذبح (اللهم اغفرلى لا تحل) لانه دعاء وسؤال (وبالحمد لله وسبحان الله) يريد به التسمية (يحل) لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية (لا) يحل فى الاصح (لو عطس) عند الذبح (وحمد له) لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى لان المذكور ذكر الله تعالى مطلقا وفى الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح وفى المنح وفى قواعد صاحب البحر واما النية فى الخطبة للجمعة فشرط صحتها حتى لو عطس بعد صعود المنبر فقال الحمد لله للعطاس غير قاصد لها لم تصح (والسنة نحر الابل) اى قطع عروقها الكائنة فى اسفل عنقها عند صدورها لان موضع النحر عنها لا لحم عليه وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح (وذبح البقر والغنم) لان اسفل الحلق واعلاه سواء فى اللحم منهما والذبح ايسر (ويكره العكس) اى ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك السنة المتوارثة لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر اى انحر الجزور (ويحل) لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم والسنة ان ينحر البعير قائما ويذبح الشاة مضطجعة وكذا البقر (والذبح) اى قطع اوداج (بين الحلق) هو الحلقوم على ما فى النهاية (واللبة) بفتح اللام والباء المشددة هى المنحر من الصدر على ما فى الكافى والهداية موافقا لرواية المبسوط وفى الخانية محل الذكوة الحلق كله لقوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو الموافق لرواية الجامع الصغير انه لا بأس بالذبح فى الحلق اعلاه واسفله واوسطه وعن هذا قال (اعلى الحلق او اسفله او اوسطه) فيكون عطف بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفى الكافى ان ما بينهما هو الحلق كله وقد سبق ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد ما فى الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان الذبح او وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح فى الذخيرة ان الذبح اذا وقع فى اعلى من الحلقوم لا يحل انتهى لكن قال القهستانى والحلق فى الاصل الحلقوم استعمل فى بعض العنق بعلاقة الجزئية لقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة والعتابى والكافى والمضمرات يدل على ان الحلق

يستعمل فى العنق بمـلاقة مجاورية بقرينة رواية الجامع فالمعنى من مبدأ الحلق واللبة فالذبح عند الاولين من العقدة وعند الآخرين من اصل العنق فى الطن الفاسد افسـاد كلام الكفاية بناء على كلام الآخرين مع انه محمله على خلاف مراد . حيث نقله هكـذا مقتضى رواية الجامع ان الـذبح لووقع فى اعلى من الحلقوم كان المـذبوح حلالا وكلامه هكـذا هذه الرواية تقتضى ان يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة واوجل بن يحيى فى كافى الكرماني لم يستقم كالا يخفى (وقيـل لا يجوز فوق العقـدة) وانما اتى بصيغة التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الـذى مر آنفا (والعروق) اى عروق الذبح الاختيـارى كافى اكثر الكتب لكن لعيد بل الاولى عروق الحلق فى المذبح كافى القهستانى (التى تقطع فى الـذكوة) اربعة (الحلقوم) مجرى النفس والمرئ مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصله رأس المعدة المتصلة بالحلقوم كافى الـديوان وغيره لكن فى الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعـام والمرئ مجرى الشراب وفى العينى ان الحلقوم مجريهما وفى المبسـوطين انهما عكس ماذكرنا موافق لمـا فى الهـداية فانه قال واما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس (والودجان) تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ (و يكفى قطع ثلثة منها) اى من الاربعة (اياكانت) عنـد الامام لان الاكثر حكم الكل وبه كان يقول ابو يوسـف اولا ثم رجع الى ما سيأتى (وعند محمد) كافى المحيط وغيره وفى الهداية (وعن محمد لابد من قطع اكثر كل واحد منهـا) اى من اربعة وهو رواية (عن الامام) لان كـل واحـد منهـا منفصل عن الآخر والامر ورد بقطعه فقـام الاكثر مقام الكل (وعند ابى يوسف لابد من قطع الحلقوم والمرئ) ولايكتفى بواحد منهـا (واحـد الودجين) لان كلا منهما مخالف للآخر ولابد من قطعهما واما الودجان فالمق من قطعهما انهار الدم فيؤت احدهما عن الآخر وعند الشافعى قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لابد من قطع الكل (وقيل محمد معه) اى مع ابى يوسـف وفى الهداية المشـهور فى كتب اصحابنا ان هذا قول ابى يوسـف وحده وكون محمد معه رواية القـدورى فى مختصره (و يجوز الـذبح بكل ما افرى الاوداج) اى قطع العروق واخرج مافيها من الدم لان المراد من الاوداج ههنا كل الاربعة تغليبا (وانهر الدم) يعنى اساله من نهر الماء فى الارض سـال (واو) وصلية (مروة) بكسر الميم اى يجوز الذبح بها وهى حجرا بيض يذبح بها كالسكين (اوليطة) بكسر اللام وسكون الياء هى قشر القصب (اوسنا اوظفرا منزوعين) اذ بهما تحل الذبيحة مع

الكراهة عندنا لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت ويروى افرالاوداج بماشئت (لا) تحل (بالقائمين) اى متصلين بموضعهما وعند الشافعى الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله عليه السلام ماخلا الظفر والسن واماالسن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من الحبشة (وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع) لورود الاثر وان يضجع بالرفق وعلى اليسار ويوجه الى القبلة ويشد منها ثلث قوائم فقط ويذبح باليمين ويسرع على الذبح واجراء الشفرة على الحلق (وكره بعده) اى بعد الاضجاع اشفاقا على المذبوح (وكذا كره جرها برجلها) اى الذبيحة (الى المذبح) ارفاقالهما (والنخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة لزيادة الم بلاحاجة اليه وقيل ان يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب (و) كره (قطع الرأس والسلخ قبل ان تبرد والذبح من القفاء) اذهو عذاب فوق العذاب (وتحل) الذبيحة اوذبحها من القفاء (ان بقيت حية حتى قطعت العروق) ليتحقق الموت بماهو ذكوة كما اذاجرحها ثم قطع الاوداج (والا) اى ولم تبق بل ماتت قبل قطع العروق فلاتحل ولاتؤكل لوجود ماليس بذكوة كالوماتت حتف انفها (ولزم ذبح صيد استأنس) كالظبى اذاتألف فى البيت فانه يذبح لامكانه (وجاز جرح نعم) بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بان ند عن اهله ودخل فى البادية وصار وحشيا لان الذكوة الاختيارية تعذرت فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد (اوتردى) حيوان فى بئراذالم يكن ذبحه فانه يجرح ويؤكل اذا علم بموته من الجرح والا لاوان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف بموتها صارت ذكوتها الجرح ثم ان المص اطلق الجواب فيما توحش من الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاه اذاندت فى المصر لاتحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء فيحل بالعقر وقال مالك يلزم الذبح فى الوجهين لاالجرح لان ذلك نادر ولاعبرة للنادر فى الاحكام (ولايحل الجنين بذكوة امه اشعر اولا) حتى لونحر ناقة اوذبح بقرة اوشاة فخرج من بطنها جنين ميت لم تؤكل عند الامام وزفر وحسن بن زياد لانه مستقل فى حيوته فيشترط فيه ذكوة استقلالية (وقالا يحل ان تم خلقه) لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه وبه قالت الائمة الثلاثة

(فصل)

فيما يحل اكله ومالا يحل (ويحرم اكل كل ذى) اى صاحب (ناب)

هو حيوان يذهب بالناب كالذئب من سبع هو كل جارح منتهب قاتل (او) يحرم كل ذي (مخلب) يختطف بالمخلب كالبازي من الطير فكان من شانهما الايذاء بالناب والمخلب وهو المؤثر في الحرمة وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (او طير) بيان لقوله ذي مخلب والمراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه لا كل ذي ناب ومخلب فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نهى صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير (والوضبعا او ثعلبا) لانهما من السباع فلا يؤكل لحمهما كالذئب والنمر والفهد والكلب والسنور اهليا او بريا فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة في اباحة اكلهما (و) يحرم اكل (الحمر الاهلية) لما روي ان النبي عليه السلام حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر بخلاف الوحشية فانها يحل اكلها وعند مالك يحل ايضا في الاهلية (والبغال) لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحوم الخيل وان كانت امه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغيره مأكول (والفيل) لانه ذو ناب (والضبع) لانه من السباع خلافا للائمة الثلاثة (واليربوع وابن عرس) يقال لها بالفارسي راسو لانهما من سباع الهوام خلافا للشافعي (والزنبور) لانه من المؤذيات (والسلحفاة) البرية والبحرية لانها من الخبائث (والحشرات) الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفارة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روي من اباحة الضب محمول على الابتداء قبل تحريم الخبائث فالمؤثر في الحرمة الخبث الخلقي كما في الهوام او بعارض كما في الجلالة كبقرة تتبع النجس قيل الحكمة في حرمة هذه الحيوانات كرامة بني آدم كيلا يتعدى شيء من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل وفي الجامع لا بأس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ما لا روح له لا يسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا حلال مكروه عند غيرنا وان شاة او جاءت من كلب ورأس ولدها رأس الكلب اكل الا رأسه ان اكل العلف دون اللحم او صياح صياح الغنم لا الكلب واتى بالصوتين وكان له الكرش لا الامعاء كما في القهستاني (ويكره الغراب الابقع) الذي يأكل الجيف (والغداف) بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفي اخره فاء نوع من الغراب لاكلهما الجيف (والرخم) جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة (والبغاثا) وهو طائر صغير اشبه

العصفور لانهما يأكلان الجيف (و) يكره اكل لحم (الخيل تحريما) اى كراهة تحريم عند الامام (فى الاصح) كما فى الخلاصة والهداية وهو الصحيح كما فى المحيط وغيره وهو قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وبه قال مالك لانه عليه السلام نهى عن لحم الخيل والبغال والحمير كما فى الكرمانى وغيره وحكى عن عبد الرحيم الكرمينى انه قال كنت مترددا فى هذه المسئلة فرأيت اباحنيفة فى المنام يقول لى كراهة تحريم ياعبدالرحيم وقيل انه رجع قبل موته بثلثة ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما فى كفاية البيهقى ثم انه مكروه كراهة تنزيه فى ظاهر الرواية وهو الصحيح على ماذكره فخر الاسلام وغيره (وعندهما) والشافعى واحمد (لايكره الخيل) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه انه قال واذن فى لحم الخيل يوم خيبر (وحل العقعق) لانه يخلط فى اكله فاشبه الدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب مأكوله الجيف والاول اصح (وغراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث فحاصله ان الغراب ثلثة انواع نوع يأكل الحب فقط وهو ليس بمكروه ونوع يأكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع يأكل الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام ومكروه عند ابى يوسف (والارنب) لانه عليه السلام امر اصحابه ان يأكلوه حين اهدى اليه مشويا وكذا الوبر كما فى شرح الكنز للعينى وفى النهاية وذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها لايؤكل لان له نابا (ولايؤكل من حيوان الماء) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء عندنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (الا السمك بانواعه) غير الطافى وقال مالك وجماعة باطلاق جميع مافى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لادم فى هذه الاشياء اذ الدموى لايسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماسوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال (كالجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع من السمك غير المارماهى (والمارماهى) وانما افردهما بالذكر لمكان الخفاء فى كونهما من جنس السمك ولمكان الخلاف فيهما لمحمد

ذكره صاحب المغرب ومايقال ان الحرث كان ديونا يدعو الناس الى حليلة فمسخه الله تعالى به فممنوع لان الممسوخ لانسل له ولايبقى حيا بعد ثلثة ايام وان المارماهى مولد من الحية ليس بواقع بل هو جنس شبيه بها صورة (ولايؤكل الطافى منه) هو السمك الذى يموت فى الماء حتف انفه بلاسبب ثم يعلو فيظهر حتى اذا انحسر عنه الماء يجوز اكله لقوله عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وروى عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فات لايؤكل وان كان ذنبه فى الماء فات يؤكل اذ هكذا سبب لموته وفى الفتاوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الشافعى ومالك لابأس به لاطلاق مارويناه ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا مارواه جابر رضى الله تعالى عنه عن النبى عليه السلام انه قال ماانصب عنه الماء فكلوا وماالقطه الماء فكلوا وماطفى فلاتأكلوا (وان مات بحر اوبرد اوفى كدر الماء ففيه روايتان) فى رواية يؤكل لوجود السبب لموتها وفى الفتح وقال محمد يحل اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفى الحرى لالان الماء لايقتل السمك حارا اوباردا وبه اخذ السرخسى وفى الدرر وان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين وما بقى لان موته بسبب وما ابين من الحى وان كان ميتا فميته حلال للحديث وكذا ان وجد فى بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان ابتلعها شئ من طير الماء اومات فى حب ماء اوجمعها فى حظيرة لاتستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فتن منها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا مات فى الشبكة وهى لاتقدر على التخلص منها اواكل شيئا القاه فى الماء لتأكله فات منه اوربطها فى الماء فماتت اوانجمد الماء فبقيت بين الجمدات يؤكل وفى المنح اذا رمى صيدا فقطع عضوا اكل الصيد دون العضو ولوقطعه نصفين اكلا انتهى (ويحل هو) اى السمك (والجراد بلاذكوة) لمارويناه لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان مات حتف انفه بخلاف السمك وعند مالك لابد من موت الجراد من سبب وبه قال احمد فى رواية وعن مالك لابد من قطع رأسه وشيه (ولوذبح شاة لم تعلم حياتها فتحركت اوخرج منها) اى من الشاة (دم) من غير تحرك (حلت) اكلها لان الحركة وخروج الدم لايكونان الامن الحى وذكر محمد فى مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لايحل (والا) اى ان لم تحرك اولم يخرج الدم (فلا) تحل ان لم تعلم حيوته وقت الذبح (وان علمت) حيوته وقت الذبح (حلت مطلقا) اى على كل حال قال العينى فى شرح الكنز ولوذبح شاة مريضة لم تحرك منها الافوه فى

قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لاتوكل وان فتحت عينها توكل وان مدت رجلها لاتوكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لاتوكل وان قام شعرها اكلت وفى الذخيرة سمكة فى سمكة فان كانت المظروفة صحيحة حلتا والاحل الظرف لاالمظروف

(كتاب الاضحية)

عقب به الذبائح لانها كالمقدمة له اذبها تعرف التضحية اى الذبح من ايام الاضحى وهى افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت فى الياء وكسرت الحاء لثبات الياء ويجمع على اضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة ويجمع على ضحايا كهدية على هدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشرع هى ذبح حيوان مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها الاسلام واليسار الذى يتعلق به صدقة الفطر فتجب على انثى وسببها الوقت وهو ايام النحر وركنها ذبح مايجوز ذبحها وحكمها الخروج عن عهدة الواجب فى الدنيا والوصول الى الثواب فى العقبى (هى) اى الاضحية (واجبة وعن ابى يوسف سنة) مؤكدة وهو قول الشافعى واحمد (وقيل هو) اى كونها سنة (قولهما) يعنى ذكر الطحاوى انها واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلايقربن مصلانا هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحى منكم شاة فلايأخذ من شعره واظفاره شيئا اذالتعليق بالارادة ينافى الوجوب لكن المراد من الارادة القصد الذى هو ضد السهو لا التخيير لانه لاتخيير بين الاداء والترك فكانه صرح به وقال من قصد منكم ان يضحى وهذا لايدل على نفى الوجوب فصار هذا نظير قوله عليه السلام من اراد منكم الجمعة فليغتسل لم يرد التخيير هناك فكذا هنا وانما تجب التضحية دون الاضحية لماتقرر من ان الوجوب من صفات الفعل الاان القدورى ومن تبعه قال ذلك توسعة ومجازا والمراد بالوجوب الوجوب العملى لاالاعتقادى حتى لايكفر جاحدها كما فى المنح (على حر) فلاتجب على العبد (مسلم) فلاتجب على الكافر (مقيم) فلاتجب على المسافر لقول على رضى الله تعالى عنه ليس على مسافر جمعة ولااضحية وعن مالك لايشترط الاقامة ويستوى فيه المقيم بالمصر والقرى

والوادى (موسر) لان العبادة لاتجب الا على القادر وهو الغنى دون الفقير ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب لانه اصل فى الوجوب عليه (لا عن طفله) اى اولاده الصغار فى ظاهر الرواية لكونها قربة محضة ولا تجب على الغير بسبب الغير (وقيل) اى فى رواية الحسن عن الامام (تجب عنه) اى عن الطفل (ايضا) اى كنفسه لكونها قربة مالية والطفل فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر (وقيل يضحى عنه) اى عن الطفل (ابوه او وصيه من ماله) ان كان له مال (فيطعم الطفل (منها ما امكن) الاطعام بقدر الحاجة (ويستبدل بالباقى ما ينتفع به مع بقائه) كالثوب والخف ولا يستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز والادام لان الواجب هو اراقة الدم والتصدق باللحم تبرع وهو لا يجرى فى مال الصبى فينبغى ان يطعم الطفل ويدخر له ويستبدل الباقى بالاشياء التى ينتفع الطفل بها مع بقاء اعيانها اعتبارا بجلد الاضحية وفى الهداية وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه او وصيه من ماله عند الشيخين وقال محمد وزفر والشافعى من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لما قررناه قبله والاصح ان يضحى من ماله يأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه (وهى) اى الاضحية (شاة) تجوز من فرد فقط (او بدنة) تجوز من واحد ايضا (او سبع) بضم السين يعنى واحد من السبع (بدنة) بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز البدنة الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهى القربة والقربة لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فيبقى على اصل القياس ثم اراد تفسير قوله او سبع بدنة فقال (بان اشترك المضحى مع ستة فى بقرة او بعير وكل) واحد منهم (يريد القربة وهو) اى كل واحد منهم (من اهلها) اى اهل القربة بكونهم مسلمين (ولم ينقص نصيب احدهم عن سبع) ثم فرعه فقال (فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم او كان كافرا او نصيبه) اى نصيب احدهم (اقل من سبع لا يجوز عن واحد منهم) لما ان وصف القربة لا يتجزى حتى اذا مات رجل وترك امرأة وابنا وبقرة فضحياها يوم العيد لا يجوز فى نصيب المرأة لانه اقل من السبع وكذا لا يجوز فى نصيب الابن لانعدام وصف القربة فى البعض وقال مالك تجوز البدنة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها (وتجوز اشتراك اقل من سبعة واو) كانت البدنة (بين اثنين)

نصفين في الاصح قال العيني في شرح الكنز وتجوز عن ستة او خمسة او اربعة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه اولى ولا تجوز عن الثمانية لعدم النقل فيه (ويقسم لحمها) اى اذا جاز على الشركة فقسمة اللحم (وزنا) بين الشركاء لانه موزون (لا جزافا) لان في القسمة معنى التمليك فلا يجوز جزافا عند وجود الجنس والوزن ولا يجوز التحليل لانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا تجوز (الا اذا خلط) وضم (مع اللحم من اكارعه او جلده) اى يكون في كل جانب شيء من اللحم ومن الاكارع او يكون في كل جانب شيء من اللحم وبعض الجلد او يكون في جانب لحم واكارع وفي اخر لحم وجلد فيجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في الدرر (ولو شرى بدنة للاضحية ثم اشرك فيها ستة جاز استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ورواية عن الامام لانه اعدها للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة ولا يجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة الى هذا (والاشتراك قبل الشراء احب) اذ به يبعد عن الخلاف ويسلم عن الرجوع في القربة وروى عن الامام كراهة الاشتراك بعده (واول وقتها) اى اول وقت تضحية الاضحية (بعد الفجر) لكن (لا يذبح في المصر قبل صلوة العيد) لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته وهذا الشرط لمن تجب عليه صلوة العيد (ويذبح غير المصري) كاهل القرى (قبل الصلوة) ومن هنا ظهر ان وقت التضحية في حق البعض الذى لا تجب عليه صلوة العيد من طلوع فجر يوم النحر لانعدام المانع وهو الاشتغال بالصلوة وفي حق البعض يعتبر بعد ان يصلي الامام صلوة العيد الواجبة وعند مالك واحمد اهل المصر لا يذبحون قبل ذبح الامام ايضا وعند الشافعي صح قبل الصلوة لو مضى من الوقت قدر ما يصلي ركعتين مع خطبتين (وآخره) اى آخر وقتها (قبيل غروب الشمس في اليوم الثالث) عندنا لما روى عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لا يهتدى الى المقادير وعند الشافعي اربعة لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح قلنا اذا كان في الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولى ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كان في السواد والمضحي في المصر يجوز من انشقاق الفجر وعلى عكسه لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يخرج بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر اعتبارا بالذكوة بخلاف صدقة الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا والمعتبر هى الصلوة دون الخطبة (واعتبر اخره) اى اخر وقتها

(التشريق وبعده والولادة والموت) فلو كان فقيرا في اول ايام النحر فاغتنى في آخرها لاتجب عليه وفي العكس تجب وان ولد في اليوم الاخير تجب عليه وان مات فيه لاتجب عليه فتبين ان الامام صلى بغير طهارة تعاد الصلوة دون التضحية كما لو شهدوا انه يوم العيد بعد الامام يصلي بالناس العيد ثم ضحوا ثم بان انه يوم عرفة اجزأهم الصلوة والتضحية كما في التنوير ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم كما في المنح (واولها) اي اول ايام النحر (افضلها) لمسارعة الى ما (وكره الذبح ليلا) وان جاز لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وفي المنح الظاهر ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها الى خلاف الاولى اذ احتمال الغلط لا يصلح دليلا على كراهة التحريم التي نسبتها الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض (فان مات وقتها قبل ذبحها) اي واولم يضح ما اوجب على نفسه بان عين شاة في ملكه وقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة (لزم التصدق بعين المنذورة حية) سواء كان ذلك الموجب فقيرا اوغنيا وان نذر ان يضحي ولم يسم شيئا يقع على الشاة ولا يأكل الناذر منها وان اكل فعليه قيمة اكله لان سبيلها التصدق وليس المتصدق ان يأكل من صدقته (وكذا) اي لزم التصدق بعين المنذورة حية (ما شراها فقير للضحية) لان الفقير انما تجب عليه اذا شراها بنية التضحية فيتعلق بالمحل (والغني يتصدق بقيمتها شراها) اي الشاة (اولا) لان الواجب يتعلق بذمته (وانما يجزئ فيها) اي في الاضحية (الجذع من الضأن) الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء اذا كانت عظيمة لقوله عليه السلام لا تذبحوا الامسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن وعند اهل اللغة ما تمت له سنة وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر وعن الزهري من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر (والثني) فصاعدا من الجميع وهو ابن خمس من الابل وحوليين من البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه عرف بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية فيجوز بالبغل الذي امه بقرة وبالظبي الذي امه شاة (و) تجوز (الجماء) بتشديد الميم وهي التي لاقرن لها بالخلقة اذ لايتعلق به الحق وكذا مكسور القرن بل اولى لما قلنا (والخصي) وعن الامام ان الخصي اولى لان لحمه اطيب (والثولاء) وهي المجنونة اذا لم يمنعها من السوم والرعي لان هذا لايخل بالحق وان منعها من ذلك لا تجوز اذ يخل (والجرباء) السمينة ولم يتلف جلدها لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وانما قيدنا بالسمينة لانها اذا كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب اذا كان في اللحم انتقص (لا) تجوز

(العمياء) وهى الذاهبة العينين (والعوراء) وهى (الذاهبة احدى العينين والعجفاء) اى المهزولة (التى لا تنقى) اى يبلغ عجفها الى حد لا يكون فى عظمها مخ (والعرجاء) التى لا تمشى الى المنسك اى المذبح لورود النهى عنهن (و) لا يجوز (مقطوعة اليد او الرجل) لنقصانها (وذاهبة اكثر العين او) اكثر (الاذن) لقول على رضى الله تعالى عنه امرنا رسول الله عليه السلام ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء (او اكثر الذنب) لانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن (او) اكثر (الالية) واعاقيد الذهاب بالاكثر لانه ان بقى الاكثر من العين والاذن والذنب ونحوها جاز لان الاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وفى المنح واختاره ابو الليث وعليه الفتوى (وفى ذهاب النصف روايتان) عن الامام وكذا عنهما لما فى الهداية وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما كما فى انكشاف العضو عن ابى يوسف (ويجوز ان ذهب اقل منه) اى من النصف (وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز) قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية فى ظاهر الرواية عن الامام لان الثلث قليل ولذا تنفذ فيه الوصية بخلاف مازاد عليه لكونه اكثر (وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز) لقوله عليه السلام فى حديث وصية الثلث والثلث كثير وفى رواية عنه الربع وفى القهستانى ان كل عيب مانع لها ان كان اكثر من النصف لا يجوز بالاجماع وان كان اقل منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب العين ان تشد العين المعلولة بعد ان كانت جايعة فيقرب اليها العلف فينظر اليها من اى مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر الى تفاوت ما بين المكانين فان كان ثلثا فقد ذهب الثلث وهكذا وفى القهستانى ولا يجمع ما ذهب من الاذنين على ما قال ابو على الرازى وقال ابن السماعة انه يجمع وفى شرح الكنز للعينى ولا يجوز الهتماء وهى التى لا اسنان لها ولا السكاء وهى التى لا اذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولا الجلالة وهى التى تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجداء وهى المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهى التى لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الحداء وهى التى يبس ضرعها وفى الهداية وهذا الذى ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا يجزيه بهذه لان الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على موسر مكانها اخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى فى ايام النحر

من ذبح اضحيته وعلى اثرها ولدها (ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح) وفي الهداية ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح (وان مات احد سبعة) الذين تشاركوا في البدنة (وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها) اي البدنة (عنكم وعنه) اي عن الميت (صح) ذبحها استحسانا عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والصحة عن الميت تبرع قربة لانه عليه السلام ضحى عن امته والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف ولا يجوز عن غيره (وكذا) صح لو ذبحوها (عن اضحية ومتعة وقران) مع اختلاف جهات قربتهم لان المقصود هو القربة وفي التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم (ويأكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء من غني وفقير) لما روي انه عليه السلام نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا والنصوص كثيرة وعليه اجماع الامة (وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلث الاكل والادخار والتصدق وهذا لا ينافي استحباب التصدق بما فوقه كالنصف مثلا (وتركه) اي وندب ترك التصدق (لذي عيال توسعة لهم) اي على العيال (وندب ان يذبح بيده ان احسن الذبح) لكونه عبادة (والا) اي ان لم يحسنه (يأمر غيره) بالذبح كيلا يجعلها ميتة (ويحضرها) لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب (ويكره ان يذبحها كتابي) لانه قربة وليس هو من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذبح بخلاف المجوسي (ويتصدق بجلدها او يعمل منه آلة كجراب او خف او فرو) لان الانتفاع به ليس بحرام (او يشتري به) اي بالجلد (ما ينتفع به مع بقائه) اي بقاء ما ينتفع به استحسانا (كغربال ونحوه) لان للبدل حكم المبدل (لا ما يستهلك) اي لا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (كخل وشبهه) ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (فان بدل اللحم او الجلد به) اي بما ينتفع به بالاستهلاك جاز (ويتصدق به) لانتقال القربة الى البدل ولقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك

والقدرة على التسليم هذا قول الامام وعن ابي يوسف بيع الاضحية اوجلدها اولحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفى التنوير ولا يعطى اجر الجزار منها ويكره جز صوفها قبل الذبح لينتفع به بخلاف مابعده ويكره الانتفاع بلبنها قبله (ولو ذبح اضحية غيره بغير امره جاز) استحسانا ولا ضمان على الذابح ولا يجوز قياسا وهو قول زفر لانه ذبح شاة غير بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب واذا ضمن لا يجزيه عن الاضحية وجه الاستحسان انه لما اشتراها للاضحية فقد تعينت للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحى بها فصار مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذناله دلالة لانه ربما يعجز عن اقامتها لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ايدبحها وان كان تفوته المباشرة وحضورها لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بعاينه فيرضى به ظاهرا وفى شرح المجمع ولو ذبح الراعى والاجنبي شاة لا يرجى حيوتها لا يضمن وقال الصدر الشهيد يضمن (ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح ولا ضمان) استحسانا ولا يصح قياسا ويضمن كل واحد منهما لصاحبه لما مر قبله (ويتحالان) يعنى يأخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله ان كانت مأكولة يحال كل واحد منهما صاحبه ويجزيهم لانه لواطعمه الكل فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحل له فى الانتهاء (وان تشاحا) اى تنازعا بان اضحيتى اعظم واسمن ولم يرضيا (ضمن كل) واحد منهما (صاحبه قيمة لحمه) لان التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره ضمنه (وتصدق بها) اى بتلك القيمة لانه بدل لحم الاضحية (وصحت التضحية بشاة الغصب دون شاة الوديعة وضمنها) لان فى الغصب يثبت الملك من وقت الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن يأثم خلافا لزفر وفى الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح فى غير الملك فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت الاضحية واردة على غير الملك كما فى اكثر المعتبرات قال صدر الشريعة يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح وقال صاحب الدرر حقيقة الغصب كما تقرر فى موضعه ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد فى الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى لكن الظاهر تحقق ازالة اليد المحقة بالاضجاع وشد الرجل للذبح فانهما ليسا من احكام الوديعة ولامن شان المودع تأمل

(كتاب الكراهية)

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من اصل وفرع ترد عليه الكراهية الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام التشريق التضحية في الاضحية بعد التعريف وعيب الذبح كما تقدم الكلام فيه وفي اقامة غيره مقامه كيفما يحقق الكراهة فناسب ذكر الكراهية بعدها وهي عند الزيادة والربط في اللغة والنسبة بها وقد عبر المكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدوري بالحظر والاباحة وهو حسن لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع تركها وفي الشرع (المكروه) كراهة تحريم (الى الحرام اقرب) عند الشيخين لتعارض الادلة فيه وتعلق عقاب الحرمة فيه ولزمه تركه وتكلموا في المكروه والصحيح ما قاله الشيخان كما في جواهر الفتاوى (وعند محمد) كل (المكروه حرام) ما لم يقم دليل على خلافه (ولم يلفظ به) اي لم يطلق عليه لفظ الحرام في كتبه (لعدم) الدليل (القاطع) بل كنى بالكراهة فتركه واجب كما في الحرام فالحرام ما ثبت نهيه بدليل قطعي وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما ثبت بظني وتركه واجب كما كان نسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض قال ابن الساعاتي في بديع الحكم وان كان طلبا للفعل ينتهض تركه في جميع وقته سببا لاستحقاق العقاب فوجوب او الفعل ينتهض فعله خاصة للثواب فندب وخاصة يفيد ان الترك لا يترتب عليه شيء او للترك ينتهض فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم او الترك ينتهض تركه خاصة للثواب فكراهة وان لم يكن طلبا فان كان تخييرا فاباحة والا فوضعي وقد علم بذلك حدودها واعلم ان الكراهة على نوعين كراهة تحريم وكراهة تنزيه ومشايخنا تارة يقيدونها وتارة يطلقونها فاما المقيدة فلا كلام فيها والمطلقة تحمل على التحريم

(فصل)

في بيان احوال (الاكل منه) اي بعض الاكل وكذا الشرب (فرض وهو ما يدفع به الهلاك) وفي تركه القاء النفس في التهلكة فان هلك فقد عصى وبه يتمكن من اداء الفرائض ويؤجر على ذلك قال عليه السلام ان الله تعالى ليؤجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه (و) بعضه (مندوب وهو ما زاد) على ما يدفع به الهلاك (ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم) لان

الاشتغال بما تقوى به على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر عن افضل الاعمال فقال الصلوة باكل الخبز (و) بعضه (مباح) اى لا اجر فيه ولا وزر (وهو مازاد) منتهيا (الشبع لزيادة قوة البدن) وفى القهستانى اواكل للسمن كره على ماقال ابن مقاتل وعن ابى مطيع لا بأس باكلها خبزا مكسورا فى الماء البارد للسمن ولا شئ على من رزق بطنا عظيما خلقة له من غيرا ن يتعمد السمن واواكل الوان الطعام ثم تقيأ فوجد نافعا فلا بأس به لانه علاج (و) بعضه (حرام وهو الزائد عليه) اى على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس ولانه تبذير واسراف قال عليه السلام لاخير فى الشبع ولا فى الجوع خير الامور اوسطها (الا لقصد التقوى على صوم الغد) لان فيه فائدة (اولئلا يستحيى الضيف) لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء او خجلا فلا بأس باكله فوق الشبع لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا (ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة) قال عليه السلام ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا مايفضى اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح كما فى الاختيار (ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صام ولم يأكل حتى مات اثم) لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء له الا بالاكل والميتة حال المخمصة اما حلال اوهى فوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه اذا تعين لاحياء النفس وروى ذلك من مسروق وجماعة من العلماء والتابعين واذا كان يأثم بترك الميتة فما ظنك لترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا كما فى الاختيار وفى البزازية خاف الموت جوعا او عطشا ومع رفيقه طعام اوماء اخذ بالقيمة منه قدر مايسد جوعته اوعطشه فان امتنع قاتل بلا سلاح وان الرفيق يخاف الموت جوعا اوعطشا ايضا ترك له البعض (بخلاف من امتنع من التداوى حتى مات) فانه لا يأثم لانه لا يقين ان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج كما فى الاختيار (ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه) لقوله تعالى كلوا من طيبات مارزقناكم (وتركه افضل) لئلا تنقص درجته (واتخاذ الوان الاطعمة سرف) دل عليه قوله تعالى اذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا (وكذا) سرف (وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة) وفى المحيط من الاسراف الاكثار فى الوان الطعام فانه منهى الا اذا قصد قوة الطاعة اودعوة الاضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على اخره لان فيه فائدة ومن السرف ان يأكل وسط الخبز ويدع جوانبه وترك اللقمة الساقطة من المائدة بل يرفعها اولا ويأكلها قبل غيرها ولا يأكل طعاما حارا ولا يشم ويكره اكل الترياق ان كان فيه شئ

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]) أي في الماء (ويكره [illegible]

[illegible] لأن فيه [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] (ويستحب [illegible]) [illegible]

[illegible] الله [illegible] وآخره [illegible] وهو [illegible] المؤمن [illegible]

[illegible] السلام إن الله [illegible]

[illegible] (وغسل اليدين قبله) أي قبل الطعام (وبعده) [illegible]

[illegible] الطعام [illegible]

(ويبدأ بالشباب [illegible]) أي قبل الأكل [illegible]

وبعده) وهو من آداب [illegible] الله أكرام [illegible] قال [illegible]

[illegible] وقت الأكل [illegible] (ولا يحل

شرب لبن الأتان) [illegible] الحمر الأهلية [illegible]

[illegible] حكمه [illegible] يأكل الجلالة ولا يشرب لبنها لأنه عليه السلام نهى عن

أكلها وشرب لبنها [illegible] ما لا يؤكل لحمه حرام [illegible]

أكله ويكره (ولا) يحل (بول الإبل) للاختلاف [illegible] عند الإمام حرام لكون

الأصل في البول حرمة وقوله عليه السلام [illegible]

[illegible] غير معلوم [illegible] على الأصل وعند أبي يوسف يحل التداوي بشربه

لما روي أن قوما من عرينة مرضوا في المدينة فأمرهم النبي عليه السلام بأن يلحقوا

المرعى ويشربوا من أبوال الإبل وألبانها وعند محمد يحل مطلقا إذ لو كان

حراما لا يحل به التداوي لقوله عليه السلام ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم

(و) لا يحل استعمال (إناء ذهب أو فضة لرجل وامرأة) لقوله عليه السلام

الذي يشرب منه إنما يجرجر في بطنه نار جهنم قال [illegible]

[illegible] من جرجر الجمل إذا ازداد صوته في حنجرته

[illegible] ذلك في الأكل والشرب [illegible]

[illegible] ويستوي الرجل والنساء لإطلاق الحديث [illegible]

[illegible] وما أشبه ذلك [illegible] الأدهان [illegible]

[illegible] الدهن على الرأس [illegible]

واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لايكره كما في النهاية وفي التسهيل وعلى هذا لواخذ الطعام من إنية الذهب والفضة بملعقة ثم أكله من الملعقة ينبغي ان لايكره وكذا لواخذه بيده واكله ولكن ينبغي ان لا نفتي بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها لكن في الدر رتفصيل فليطالع (وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص) عندنا لعدم التفاخر بمثل هذه الآنية عادة لانها ليست من جنس الاثمان وقال الشافعي يكره لحصول التفاخر كالحجرين قلنا لانسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غيرهما فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر وفي التبيين ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه

(فصل في الكسب)

وفي الاختيار قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن حسن يقول طلب الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لما روى ابن مسعود رضي الله عنهما عن النبي عليه السلام انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم ومسلمة وقال عليه السلام طلب الكسب بعد صلاة المكتوبة اى الفريضة بعد الفريضة ولانه لايتوسل الى اقامة الفرض الابه وكان فرضا لانه لايتمكن من اداء العبادات الابقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة وتحصيل القوت بالكسب ولانه يحتاج في الطهارة الى آلة الاستقاء والآنية وفي الصلوة الى مايستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم السلام كانوا يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ولايلتفت الى قول جماعة انكروا ذلك وتمامه فيه ان شئت فليراجع وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة قال في الخلاصة حكى عن ابي مطيع انه قال النظر في كتب اصحابنا من غير سماع افضل من قيام ليلة وفي البزازية طلب العلم والفقه اذا صحت النية افضل من جميع افعال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت النية وهو اقسام فرض وهو مقدار مايحتاج اليه لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال والحرام ومستحب وقربة كتعلم مالايحتاج اليه لتعليم من يحتاج اليه ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهي به العلماء ويماري به السفهاء ولذلك كره الامام تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة وفي البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة القبلة واوقات الصلوة لابأس به والزيادة حرام والحيلة والتمويه في المناظرة ان تكلم مسترشدا منصفا بلا تعنت لايكره وكذا ان غير مسترشد لكنه منصف غير متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لابأس به ويحتال كل الحيلة ليدفع عن نفسه التعنت والتعنت لدفع التعنت مشروع وفي القهستاني وتعلم المنطق كشرب الخمر وفي قوت القلوب جعل الجهال اصحاب المنطق علماء انتهى

والتعليم بقدر ما يحتاج اليه لاقامة الفرض فرض ولا يجب على الفقيه ان يجيب عن كل ما يسأل عنه اذا كان هناك من يجيب غيره فان لم يكن غيره يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية (افضله) اى الكسب (الجهاد) لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله (ثم التجارة) لان النبى عليه الصلوة والسلام حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة (ثم الحراثة) واول من فعله آدم عليه السلام (ثم الصناعة) لانه عليه السلام حرض عليها فقال الحرفة امان من الفقر لكن فى الخلاصة ثم المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء ان جميع انواع الكسب فى الاباحة على السواء هو الصحيح (ومنه) اى وبعض الكسب (فرض وهو) اى الكسب (قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما بيناه انه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من تجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه وان اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو فى سعة لان النبى عليه السلام ادخر قوت عياله سنة كما فى الاختيار (ومستحب وهو الزائد عليه) اى على قدر الكفاية (ليواسى به) اى بالزائد (فقيرا او يصل به قريبا) فانه افضل من التخلى لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه السلام الناس عيال الله فى الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله (ومباح وهو الزيادة للتجمل) والتنعم قال عليه السلام نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه السلام من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر كما فى الاختيار (وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان) وصلية (كان من حل) قال عليه السلام من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله وعليه غضبان (وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعها بل يكون وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال عليه السلام اجوع يوما واشبع يوما (ومن قدر على الكسب لزمه) اى من الكسب لما بيناه آنفا (وان عجز عنه) اى عن الكسب (لزمه السؤال) لانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عليه السلام السؤال آخر كسب العبد (فان تركه) اى السؤال وهو قادر عليه (حتى مات) من جوعه (اثم) لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه فى هذه الحالة كالكسب ولا ذل فى السؤال فى هذه الحالة (وان عجز عنه) اى عن السؤال الكسب (يفرض على من علم به) اى بعجزه (ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك فان امتنعوا

من ذلك حتى مات اشتركوا فى الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين ومن كان له قوت يومه لا يحل السؤال (ويكره) اعطاء سؤال جمع سائل كنصار جمع ناصر (المسجد) فقد جاء فى الارشادى يوم القيمة ليقم من يغبض الله فيقوم سؤال المسجد (وقيل ان كان) اى السائل فى المسجد (لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي مصل لا يكره) اعطاؤه وهو المختار كما فى الاختيار فقد روى انهم كانوا يسئلون فى المسجد على عهد رسول الله عليه السلام حتى روى ان عليا رضى الله عنه تصدق بخاتمه فى الصلوة فى المسجد (ولا يجوز قبول هدية امراء الجور) لان الغالب فى مالهم الحرمة (الا اذا علم ان اكثر ماله من حل) بان كان صاحب تجارة اوزرع فلا بأس به وفى البزازية غالب مال المهدى ان حلالا لا بأس بقبول هديته واكل ماله مالم يتبين انه من حرام لان اموال الناس لا يخ من حرام فيعتبر الغالب وان غالب ماله الحرام لا يقبلها ولا يأكل الا اذا قال انه حلال ورثه اواستقرضته ولهذا قال اصحابنا لواخذ مورثه رشوة اوظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لا يحل له اخذه وان لم يعلمه بعينه له اخذه حكما لاديانة فيتصدق به بنية الخصماء وفى الخانية وقال الحلوانى وكان الامام ابو القاسم الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشترى شيئا بمال مطلق ثم ينقده من اى مال شاء كذا رواه الثانى عن الامام وعن الامام ان المبتلى بطعام الظلمة يتحرى ان وقع فى قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه السلام استفت قلبك الحديث وجواب الامام فيمن به ورع وصفاء قلب ينظر بنور الله تعالى ويدرك بالفراسة وفى الخلاصة السلطان اذا قدم شيئا من المأكولات ان اشتراه يحل وان لم يشتره ولكن الرجل لا يعلم ان فى الطعام شيئا مغصوبا بعينه يباح اكله وفى الخانية رجل غصب لحما فطبخه اوحنطة فطحنها قال ابو بكر البلخى يحل له اكله وعليه الضمان فى قول الامام وهذا ظاهر قوله لان على قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها اولحما فطبخه ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب وقال ابو يوسف اكله حرام قبل ان يرضى صاحبها (ولا يكره اجارة بيت بالسواد) اى بالقرية (ليتخذ بيت نار اوكنيسة اوبيعة اويباع) معطوف على قوله ليتخذ اى ليباع (فيها الخمر) عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت ولا معصية فيه وانما معصيته بفعل المستأجر وهو فعل الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن لا يستبرئها اويأتيها من دبرها اوبيع الغلام من اللوطى كما فى التبيين وغيره وهذا صريح فى جواز بيع الغلام من اللوطى والمنقول فى كثير من المعتبرات انه يكره (وعندهما يكره) ان يوجر بيتا الشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وبه قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ماذكره الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب

اهلها ذمي واما في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من احداث البيع اتخذه معبدا وهذا في الاصح كما لا يمكنون في الامصار لعدم الاذن من الحكام في ابطال فيه شعائر الاسلام وعن هذا قال (ويكره في المصر اجماعا وكذا في سواد غالبه اهل الاسلام) لان شعائر الاسلام ظاهرة (ومن حمل لذمي خمرا باجر طاب له) عند الامام (وعندهما يكره) له ذلك لوجود الاعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا وعد منها حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها لا في حملها مع ان الحمل يحمل على الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجر دابة لينقل عليها الخمر او آجر نفسه ليرعى الخنازير ولا بأس ببيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسي ولو ان مسلما امره ان يتخذ له خفا على زي المجوسي او القلنسوة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) والقياس ان لا يجوز لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا كما في المأذون (وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين) لانه لا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي على الاصل وهو عدم الجواز (ويقبل في المعاملات قول الفرد ولو) وصلية كان (انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله) اي قول الفرد (شريت اللحم من مسلم او كتابي فيحل او) شريته (من مجوسي فيحرم) وهذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو قوله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة لان شارحه الزيلعي قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن حمله على المساهلة اولى من حمله على السهو ويكون المراد يقبل قول الكافر فيما يؤدي الى الحل والحرمة لانه قال العيني اراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه اراد حاصل مسئلة في الهداية وهو قوله ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة ومراد الشيخ في الحل والحرمة هو هذا اعني لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة فافهم قال صاحب المنح ويقبل قول الفاسق والكافر في المعاملات لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا

زائدا ادى الى الحرج فقبل قوله مطلقا دفعا للحرج كما اذا اخبرانه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز الشراء منه وكذا في الوكالات والمضاربات وغيرها وهذا اذا غلب على الرأي صدقه اما اذا غلب عليه كذبه فلا يعتمد عليه (و) يقبل (قول العبد والامة والصبي في الهدية) بان قال العبد اوالامة اوالصبي هذه هدية اهداها سيدي اوابي يجوز ان يأخذها لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء (و) يقبل قولهم (في الاذن) بان قال العبد اوالامة اوالصبي المميز اذن لي مولاي اوالولي في البيع والشراء يجوز لمن سمع ويرى معاملته مع الغير ان يبيع و يشتري منه والا يؤدي الى الحرج في استحضار الشهود الى مواضع العقود (وشرط العدل في الديانات) لانه لايكثر وقوعا فلا حرج في اشتراط العدالة ولاحاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) ولايتوضأ (ان اخبر بها مسلم عدل ولو) وصلية (كان انثى اوعبدا) لترجح جانب الصدق في خبره لظهور عدالته (ويتحرى في الفاسق) بنجاسة الماء (وفي) خبر (المستور ثم يعمل بغالب رأيه) وان وقع في قلبه صدقه يتيمم وان وقع فيه كذبه يتوضأ لترجح جانب الكذب (ولواراق الماء) الذي اخبر بنجاسته فاسق اومستور (فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ) معطوف على قوله اراق والمعنى اولم يرق الماء وتوضأ (وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط) كما في شرح الرقاية وغيره وفي الجوهرة وهذا جواب الحكم اما الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء

(فصل في اللبس)

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل مايحتاج اليه الانسان قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه (الكسوة منها فرض وهو) اي ماهو فرض (مايستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد) قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي مايستر عوراتكم عند الصلاة ولانه لايقدر على اداء الصلاة الابستر العورة وخلقته لاتحمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما في الاختيار (والاولى كونه من القطن اوالكتان) وهو المأثور وهو ابعد عن الخيلاء (بين النفيس والخسيس) لئلا يحتقر في الدني ويأخذه الخيلاء في النفيس وعن النبي عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ماكان في نهاية النفاسة وماكان في نهاية الخساسة وخير الامور اوساطها (ومستحب وهو الزائد) على قدر الضرورة وفي المنح وهو مايحصل به اصل الزينة في الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها (لاخذ الزينة)

المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم الآية (واظهار نعمة الله تعالى) خصوصا اذا كان ذا علم ومروءة وفي التتمة العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة حسن في حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى دون سائر الناس الاحسن ان يلبس احسن ثيابه للصلاة وفي الحديث صلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة بغير عمامة وروى من صلى وحنكه مشدود كان خيرا من صلى سبعين صلاة وحنكه مكشوف قال عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمه على عبده (ومباح وهو الثوب الجميل للتزين) في الجمع والاعياد ومجامع الناس اذا لم يكن للكبر وكذا جمع المال اذا كان من حلال لان النبي عليه السلام خرج وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام عليه الصلاة والسلام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وكان الامام ابو حنيفة يرتدي رداء قيمته اربع مائة دينار وكان يقول لتلامذته اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة والسرخسي يلبس الغسيل في عامة الاوقات ولبس الاحسن في بعض الاوقات اظهار النعمة الله تعالى حتى لا يؤذي المحتاجين كما في البزازية وفي القنية وعن النخعي كان يخرج من بيته في ثياب حسنة واصحابه يقولون نحن نعرف حقيقة انه يحل له الآن اكل الميتة (ومكروه وهو اللبس للتكبر) والخيلاء لقوله عليه السلام لمقدام بن معدي كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة (ويستحب ثوب الابيض والاسود) لقوله عليه السلام ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء وقد روى انه عليه السلام لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة ولا بأس بالازرق وفي الشرعة ولبس الاخضر سنة (ويكره الثوب (الاحمر والمعصفر) للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وفي المنح ولا بأس بلبس الثوب الاحمر وبه صرح ابو المكارم في شرح النقاية وهذا ظاهر في ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى خلاف الاولى كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق (والسنة ارسال طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله النبي عليه السلام (قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها) ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه السلام كما في الاختيار (ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال) ولو حائل بينه وبين بدنه على المذهب كما في التنوير لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له اي لا نصيب له في الآخرة وانما جاز للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله

تعالى عنهم فيهم على رضي الله عنه ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم وروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وعن هذا قال (الاقدر اربع اصابع) مضمومة فلا يحرم فهو استثناء من قوله ولا يحل وفي القنية من اصابع عمر رضي الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفي المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث اصابع اواربع يعني مضمومة وذلك كالعلم لان الناس يلبسون الثياب وعليها الاعلام والطرز في تلك الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو مكروه وقد روي ان النبي عليه السلام لبس جبة مكفوفة بالحرير وروي انه لبس فروة اطرافها من الديباج وكان المعنى في ذلك انه تبع كما في السراج وفي السير الكبير العلم حلال مطلقا صغيرا كان او كبيرا انتهى هذا مخالف لما وقع في كثير من المعتبرات من التقييد بثلاث اصابع اواربع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى بذلك من الاشراف والعظماء وكذلك اذا كان في طرف القلنسوة لا بأس به اذا كان قدر اربع اصابع اودونها في ظاهر المذهب كما في القنية وعن محمد انه قال لا ينبغي ذلك في القلنسوة وان كان اقل من اربع اصابع وفي المجتبى وانما رخص الامام في العلم في عرض الثوب قلت وهذا يدل على ان القليل في طوله يكره وبه جزم مولى خسرو لكن اطلاق الهداية وكثير من المعتبرات مخالف وفي القنية نقلا عن برهان صاحب المحيط ان عند الامام لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى اولبسه فوق قيص من غزل اونحوه لا يكره عنده فكيف اذا لبسه فوق قباء اوشئ آخر محشوا وكانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولولبسها فوق قيص غزلي قال رضي الله تعالى عنه وفي هذا رخصة عظيمة في موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول عن الامام في كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا ثم قال نقلا عن الحلواني قال ومن الناس من يقول انما يكره الحرير اذا كان يمس الجلد ومالا فلا وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان عليه جبة من حرير فقيل له في ذلك فقال اما ترى الى ما يلي الجسد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ما ذكرنا ان الكل حرام وفي الجامع للبزدوي ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هي حرام على النساء ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون الرجال انتهى قال عبد البر في شرح الوهبانية بعد حكايته لما قدمناه عن القنية قلت وفي حفظي من خزانة الاكمل ما لفظه قال الامام ومحمد لا بأس بلبس الحرير وقلنسوة الثعالب انتهى وهذا مطلق وفيه زيادة محمد مع الامام كما في المنح وفي التنوير والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار والا لا ولا بأس بكلة ديباج

للرجال لانها كالبيت وكذا لابأس علاقة حرير توضع فى جيب الصبى انه لبس بلبس وفى القنية تكره التكة المعمولة من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت تحت العمامة والكيس الذى يعلق لكن فى الفتاوى الصغرى والذخيرة وشرح القدورى لاتكره التكة من الحرير عند الامام وعند ابى يوسف تكره واختلف فى عصبة الجراحة بالحرير وعن محمد لابأس ان يكون عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون فى الثوب ومعه غيره فلا بأس به وان كان وحده كرهته واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه غيره فاللبس لايكون مضافا اليه بل يكون تبعا فى اللبس والمحرم هو اللبس الحرير كما فى المحيط وفى القهستانى ولابأس ان يشد خمارا اسود من الحرير على العين الرامدة او الناظرة الى الثلج وكذا لو صلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام (ولابأس) للرجال والنساء (بتوسده) اى باتخاذ الحرير وسادة (وافتراشه) اى اتخاذه فراشا والنوم عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب عند الامام (خلافا لهما) لعموم النهى ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضى الله عنه اياكم وزى الاعاجم وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على قول القدورى وصاحب المنظومة والمجمع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو الليث ان ابا يوسف مع الامام وله ماروى انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستعمال كامل بل استعمال على سبيل الامتهان فكان قاصرا عن معنى الاستعمال والتزين فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذى هو فى الاستعمال اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس وهو تجاوز وترغيبا فى نعيم الآخرة ونظيره انكشاف العورة فى الصلوة فان القليل منه لايفسد وكذا الكثير فى الزمان القليل كما فى المطلب وغيره (ولابأس بلبس ماسداه) بالفتح اى ماسدى من الثوب بالفارسية تان وتار (ابريسم) بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات السين المهملة عربى او معرب (ولحمته) ماادخل بين السدى (غيره) اى غير الابريسم سواء كان مغلوبا او غالبا او مساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف يعنى فى الحرب وغيره لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج والنسج باللحمة فهى معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فيكون العبرة لما يظهر دون مايخفى وقيل لابأس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح

الاول وهذا بالاجماع (وعكسه) اى ما لحمته ابريسم وسداه غيره (لايلبس الافى الحرب) لافى غيره وهذا ايضا بالاجماع للضرورة (ويكره لبس خالص) اى الحرير (فيها) اى فى دار الحرب عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لما روى انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع مضرة السلاح واهيب فى عين العدو لبريقه وله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلاحاجة الى الخالص منه وفى المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به اتقاء العدو فى الحرب اما اذا كان رقيقا لايحصل منه الاتقاء فان لبسه لايحل بالاجماع لعدم الفائدة. ولابأس بلبس الفراء كلها من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة المدبوغة والمذكية وكذلك الصوف والوبر واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولاارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس (ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة لا) يجوز (للرجال) اما بالذهب فلما روينا واما بالفضة فلانها فى معنى الذهب فى التزين ووقوع التفاخر بها (الا الخاتم) على هيئة خاتم الرجال اما اذا كان له فصان اواكثر فحرام (والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لانها مستثناة مما لايجوز للرجال تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان النبى عليه السلام اتخذ خاتما من فضة وكان فى يده حتى توفى ثم فى يد ابى بكر الى ان توفى ثم فى يد عمر الى ان توفى ثم فى يد عثمان رضى الله عنهم الى ان وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فكروه وفى الاختيار سن ان يكون الخاتم على قدر مثقال اودونه (و) الا (مسمار الذهب فى ثقب الفص) لانه تابع كالعلم فى الثوب ولايعد لابساله (و) الا (كتابة الثوب بذهب اوفضة) لانه تبع للثوب ولاحكم له وفيه خلاف ابى يوسف (و) الا (شد السن بالفضة ولايجوز بالذهب) عند الامام (خلافا لهما) وفى الهداية ولايشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند الامام وقال محمد لابأس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف مثل قول كل منهما فلهذا قال فى التبيين عند الامام وابى يوسف لان المحرم لايباح الاللضرورة وهى تندفع بالفضة وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لماروى عن عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام فى السن والمروى فى الانف ولايلزم من الاغناء فى السن

الابرى ان الختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار الى الاعلى ولانه وزقياسه على الانف فكذا هنا و حُقق انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير وعبد الرحمن رضي الله عنهما لبس الحرير لاجل الحكة في جسدهما (ولا يختم بحجر ولا صفر ولا حديد) لما روى ان النبي عليه السلام نهى عن التختم من هذه الانواع (وقيل يباح بالحجر اليشب) لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه كما في الهداية وفي الدرر نقلا عن السرخسي والاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك وفي الخانية والصحيح انه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وتمامه فيه فليطالع وفي المنح لان حل العقيق لما ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر لكن يجوز التختم ان كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر سواء كان من عقيق او زبرجد او فيروزج وغيرها لكونه تابعا ولان القوام بهما ولا يعتبر بالفص ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة في حقهما و يلبس خاتمه في اليسرى لا في اليمنى ولا في غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات (وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضي كما في الهداية وفي المنح وظاهر كلامهم انه لا خصوصية لهما بل الحكم في كل ذي حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذي حاجة اليه لفيد حل فيه المباشر ومتولي الاوقاف وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم فائدة كما لا يخفى انتهى لكن ذكر الشيء لا ينافي جريان الحكم على غير هذا الشيء عند وجود العلة وهي الحاجة والضرورة خصوصا في امر الاستحباب تدبر (ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة) بان لا يكون الفضة في موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل يتقى موضع الفم واليد وفي موضع الجلوس عنده هذا عند الامام (ويكره) ذلك (عند ابي يوسف) مطلقا (وعن محمد روايتان) في رواية مع الامام وفي رواية مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا كما وجعله في نصل سيف وسكين او في قبضتهما او في لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما في التنوير وفي الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة لبقائه لونا لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع

الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة وللامام ان ذلك تابع ولا تعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب (و يكره الباس الصبى ذهبا اوحريرا) لئلا يعتاده والاثم على الملبس كالخمر فان سقيها الصبى حرام كشربها وكذا الميتة والدم وفى التنوير لا بأس بلبس الصبى اللؤلؤ وكذا البالغ (و يكره حمل خرقة لمسح العرق اوالمخاط او) ماء (الوضوء) لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت لحاجة لايكره كما فى الهداية وغيرها (والرتم) وهو الخيط الذى يعقد على الاصبع لتذكر الشئ (لا بأس به) لانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض الاعضاء فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل مافعل على وجه التجبر فهو مكروه و بدعة ومافعله لحاجة وضرورة لايكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء

(فصل)

فى بيان احكام النظر ونحوه كاللمس (و يحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة كالطبيب) اى له النظر الى موضع النظر ضرورة فيرخص له احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم (والختان والخافضة) بالخاء والضاد المعجمة هى التى تختن النساء (والقابلة والحاقن) الذى يعمل الحقنة (ولا يتجاوز) كل واحد منهم (قدر الضرورة) فانه يلزم ان يغضوا ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وفى التبيين و ينبغى للطبيب ان يعلم امرأة اذا كان المريض امرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر و يغض بصره عن غير ذلك الموضع مااستطاع لان ماثبت للضرورة يتقدر بقدرها (و ينظر الرجل من الرجل الى ماسوى العورة) وقد بينت فى الصلوة ان العورة مابين السرة الى الركبة والسرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعى والركبة عورة خلافا للشافعى ثم حكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوءة حتى ينكر عليه فى كشف الركبة برفق وفى الفخذ بعنف وفى السوءة بضرب ان اصر وفى القهستانى والاولى تنكير الرجل لئلا يتوهم ان الثانى عين الاول وكذا الكلام فيما بعد وفيه اشعار بانه لا بأس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه وكذا الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقاب كما فى التجنيس انتهى (وتنظر المرأة) المسلمة (من المرأة) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا لان المرأة لا تشتهى المرأة كما لا يشتهى الرجل الرجل ولان الضرورة داعية الى الانكشاف فيما بينهن وعن الامام

ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه والاول اصح كما فى اكثر المعتبرات (ومن الرجل الى ماينظر الرجل من الرجل) اى الى ماسوى العورة (ان امنت الشهوة) وذلك لان ماليس بعورة لايختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ماليس بعورة وان كانت فى قلبه شهوة او فى اكبر رأيها انها تشتهى اوشكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولوكان الرجل هو الناظر الى ماتجوز له النظر منها كالوجه والكف لاينظر اليه حتما مع الخوف والمسافرة بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبى فى الاصح الى بدن مسلمة كما فى المجتبى وفى الحاوى والتنوير وكل عضو لايجوز النظر اليه قبل الانفصال لايجوز بعده وهو الاصح كشعر رأسها (وينظر الرجل) الى جميع بدن (زوجته وامته التى يحل له) اى للرجل (وطؤها) لقوله عليه السلام غض بصرك الاعن زوجتك وامتك قيل الاولى ان لاينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكذا لاينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضى الله تعالى عنه لاينظر الى عورته ولايمسها بيمينه قط وقال البعض ان الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة وقيد الامة بكونها يحل له وطؤها لان مالايحل وطؤها كالامة المشتركة اوالمكوحة للغير اوالمجوسية لايحل له النظر الى فرجها (و) ينظر (من محارمه) نسبا ورضاعا ومصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على الاصح كما فى القهستانى ولذا قال فى المنح وغيره والمصاهرة وان كان زنا (و) من (امة غيره) ولومكاتبة اومدبرة اوام ولد اومعتقة لبعض عنده (الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد ان امن شهوته) لقوله تعالى ولايبدين زينتهن الالبعولتهن اذ المراد مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لان الرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التى تنتهى الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب فحل النظر للمحارم الى تلك الاعضاء لان المرأة تكون فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة ولاتكون مستترة ويدخل عليهن بعض المحارم من غير استيذان فلو حرم النظر الى هذه المواضع يؤدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لاتنكشف عادة وحكم امة الغير كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها فى ثياب مهنتها وكان عمر رضى الله تعالى عنه اذا رأى جارية متقنعة يضربها بالدرة ويقول الق عنك الخمار يادفار اتتشبهين بالحرائر ولايحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها

(ولا بأس بمسه) اى بمس الرجل المواضع التى يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره (بشرط امن الشهوة فى النظر والمس) لتحقق الحاجة الى ذلك بالاركاب والانزال فى المسافر والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة (ولا ينظر الرجل الى البطن والظهر والفخذوان) وصلية (امن) اى عن الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وقال الشافعى يجوز له ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها (ولا) ينظر الرجل (الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة) لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطاء ولا ينظر الى قدميها لعدم الضرورة فى ابدائهما فى ظاهر الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدميها اذا ظهرتا فى حال المشى وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانها قد يبدوا منها عادة (والا) اى وان لم يأمن الشهوة (فلا يجوز) النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة بشهوة صبت فى عينيه الآنك يوم القيمة قالوا ولا بأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ كما فى التبيين (لغير الشاهد عند الاداء) فلا يجوز عند التحمل ان ينظر مع عدم امن الشهوة فى الاصح لان وجود من لا يشتهى فى التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يؤديها وقيل يباح كما فى النظر عند الاداء (والحاكم عند الحكم) وان لم يأمنا لانهما مضطران اليه فى اقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوز له النظر الى العورة لاقامة الشهادة على الزنا (ولا) يجوز (مس ذلك) اى الوجه والكفين (وان امن) الشهوة (ان كانت) المرأة (شابة) قال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة ولان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر (ويجوز) مسه (ان كانت عجوزا لا تشتهى) لانعدام خوف الفتنة (وهو شيخ يأمن على نفسه وعليها) وان كان لا يأمن على نفسه او عليها لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعرض للفتنة (ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء) للضرورة وفى الهداية واطلق ايضا فى الجامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان فى النظر او فى المس حيث قال رجل اراد ان يشترى جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين وقال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى الاختيار اذا اراد الرجل الشراء يباح له النظر مع الشهوة دون المس انتهى فعلى هذا يلزم للمص التفصيل (او النكاح) فلا بأس ان ينظر اليها مع الشهوة لما روى

ان المغيرة اراد ان يتزوج امرأة فقال عليه السلام انظر اليها فانه احرى ان يدوم
بينكما (والعبد مع سيدته كالاجنبي) من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدي
من زينتها الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز
ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي
(والمجبوب والخصي كالفحل) اما المجبوب فانه يسحق فينزل قيل ان يجف ماء
المجبوب يحل اختلاطه بالنساء في حقه وقيل لا يحل في الاصح واما الخصي
فلقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا تبيح ما كان حراما قبله ولانه
فحل يجامع وكذا المخنث في الردي من الافعال كالفحل الفاسق ويكره للرجل
ان يقبل الرجل سواء كان فمه او يده او عضوا منه وكذا تقبيل المرأة من امرأة
او خدها عند اللقاء والوداع (او يعانقه في ازار بلا قميص) عند الطرفين (وعند
ابي يوسف لا يكره) لما روي انه عليه السلام عانق جعفرا عند قدومه من الحبشة
وقبل ما بين عينيه ولهما ما روى انس رضي الله عنه قال قلنا يا رسول الله عليه
السلام ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم قالوا الخلاف
فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان عليهما قميص او جبة جاز
بالاجماع وقال الامام ابو منصور ان المكروه من المعانقة ما كان على وجه
الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز عند الكل (ولا بأس بالمصافحة)
لانها سنة قديمة متوارثة في السنة والسنة في المصافحة بكلتا يديه ولا يجوز للرجل
مضاجعة الرجل وان كان كل واحد منهما في جانب من الفراش كما في التنوير
(و) لا بأس (تقبيل يد العالم) او الزاهد اعزازا للدين (او السلطان العادل)
لعدله وبغيرهم بتعظيم اسلامه واكرامه كما في القهستاني وقال سفيان الثوري
تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه
لكن تقبيل رأس العالم اجود وقال شرف الائمة لو طلب من عالم او زاهد ان
يدفع اليه قدمه ليقبله لم يجبه وقيل اجابه لان الصحابة رضي الله عنهم يقبلون
اطراف النبي صلى الله عليه وسلم كما في الاختيار وفي التنوير وتقبيل يد نفسه
مكروه كتقبيل الارض بين يدي العلماء والسلاطين فانه مكروه والفاعل
والراضي آثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه التحية فلو كان على وجه
العبادة يكفر وكذا من سجد له على وجه التحية لا يكفر ولكن يصير آثما
مرتكبا للكبيرة في الظهيرية انه يكفر بالسجدة مطلقا وقال شمس الائمة السرخسي
السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وفي الاختيار ومن اكره على
ان يسجد للملك الافضل انه لا يسجد لانه كفر ولو سجد عند السلطان على وجه
التحية لا يصير كافرا وفي القهستاني يكره الانحناء الى قريب الركوع كالسجود

وفى العمادية ويكره الانحناء لانه يشبه فعل المجوس وفى القهستانى ويكره عند الطرفين لاعند ابى يوسف وفى القنية قيام الجالس فى المسجد لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام لغيره ليس بمكروه لعينه وانما المكروه محبة القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له لايكره لهم وكذا لايكره قيام قارئ القرآن لمن يجيء عليه تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم بين يدى العالم تعظيما له فاما فى حق غيره فلا يجوز (ويعزل) المولى ماءه (عن امته) عند الجماع (بلا اذنها) اى الامة لانه لاحق لها فى الوطئ (لا) يعزل الزوج (عن زوجته الا باذن) لان لها حقا فى الوطئ (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار مايستر بين السرة الى الركبتين لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما

(فصل)

فى بيان احكام الاستبراء وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك امة) رقبة ويدا (بشراء اوغيره) كهبة ورجوع عنها اوخلع اوصلح اوكتابة اوعتق عبد اوصدقة اووصية اوميراث اوفسخ بيع بعد القبض اودفع بجناية اونحو ذلك (يحرم عليه) اى على المالك (وطؤها و) يحرم (دواعيه) اى دواعى الوطئ كاللمس والقبلة والنظر الى الفرج لافضائها الى الوطئ اولاحتمال وقوعها فى غير ملكه اذا ظهر الحبل وادعاه البايع هذا رد لمن قال لايحرم الدواعى لان الوطئ انما حرم لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب وهذا معدوم فى الدواعى (حتى يستبرئ) المالك (بحيضة فيمن تحيض وبشهر فى غيرها) اى تستبرئ بشهر واحد فى الصغيرة والآيسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض فى العدة فكذا فى الاستبراء واذا حاضت فى اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهور اذا حاضت وفى الهداية والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا اوطاس الالاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولاالحبالى حتى يستبرئن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحرمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل اوتوهمه بماء محترم (وفى) امة (مرتفعة الحيض) لآفة بان صارت ممتدة الطهر وهى ممن تحيض (لا بايام) يجب الاستبراء (بثلثة اشهر) لانها عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل

وفى اكثر المعتبرات لا تفيد فى ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد باربعة
اشهر وعشر) لانها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنها زوجها (وفى رواية
عن محمد بنصفها) اى بشهرين وخمسة ايام وفى المنح نقلا عن الكافى والفتوى
عليه لان بهذه المدة حتى صلحت للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح فى الاماء فلان
يحصل التعرف به عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى (وفى) الامة
(الحامل) الاستبراء (بوضع حملها) اى بوضع حملها المار ذكره آنفا (ولو) وصلية
(كانت) الامة (بكرا) متصل بقوله يجب (او مشتراة من امرأة او من مال طفل)
بان باع ابوه او وصيه وكذا الحكم اذا اشتراها من مال ولده الصغير كما فى
الغاية (او ممن يحرم عليه وطؤها) كالمحرم رضاعا او مصاهرة او نحو ذلك
ولكن غير ذى رحم محرم حتى لا تعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة لتوهم
شغل الرحم مقام تحققه لوجود السبب وهو الملك واليد اذ الحكم يدار على السبب
وعن ابى يوسف اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرء وفى الاصلاح
فى هذا المحل كلام وفى شرح الوقاية لابن الشيخ جواب ان شئت فراجعهما
(ويستحب الاستبراء للبائع) اى يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها
بترك الوطء تحرزا عن احتمال اشتغال رحم ما اراد بيعها بمائه (ولا يجب
عليه) لان ملك البائع قائم وهو يقتضى جواز وطئها خلافا لمالك (ولا تكفى
فى الاستبراء (حيضة ملكها) المشترى (فيها) اى فى الحيضة يعنى لا يعتبر بالحيضة
التى اشترى بها فى خلال الحيضة لان الواجب عليها الحيضة الكاملة (ولا)
تكفى الحيضة (التى) حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب (قبل القبض)
اى الامة لانها وجدت قبل علته وهو الملك واليد جميعا فلا يعتبر احدهما (او التى
حاضت بها (قبل الاجازة فى بيع الفضولى) اى باعها الفضولى فحاضت قبل
الاجازة وان كانت فى يد المشترى كما لا يعتبر بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل
ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء العلة (وكذا الولادة) اى لا تكفى الولادة التى
حصلت بعد سبب الملك قبل القبض لانتفاء العلة خلافا لابى يوسف (وتكفى
حيضة وجدت) تلك الحيضة (بعد القبض وهى) اى والحال ان الامة
(مجوسية فاسلمت) لانها وجدت بعد سببه وحرمة الوطء لمانع وقد زال
كما فى حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها بعد الشراء فعجزت (فيجب)
الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) فى الامة المشتركة بينهما لان السبب قد تم
فى ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة (لا) يجب (عند عود الامة
الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة) على صيغة المفعول (وفك المرهونة)
لما مر من انعدام السبب هذا اذا ابقت فى دار الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى

دارا لحرب ثم عادت اليد بوجه من الوجوه فكذلك عند الامام وعندهما يجب عليه الاستبراء (ولا تكره الحيلة لاسقاطه) اى الاستبراء (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) اذ عنده مكروهة (واخذ بالاول) اى بعدم كراهة الحيلة (ان علم عدم الوطئ من المالك الاول) فى هذا الطهر (و) اخذ (بالثانى) اى بكراهة الحيلة (ان احتمل) الوطئ منه وفى الدرر وبه يفتى (والحيلة) فى اسقاطه (ان لم تكن تحته) اى تحت المشترى (حرة ان يتزوجها) اى الامة التى يريد شراءها من سيدها (ثم يشتريها) بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد فى الخانية ولا بد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح الشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قيل لا يكفى القبض بل يشترط ان يطأ الزوج قبل الشراء لان ملك النكاح لا يجمع مع ملك اليمين فلا توجد الامة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطئ بملك اليمين اما اذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء (وان كانت تحته حرة فان يزوجها البائع) الى شخص ممن يثق به (قبل البيع او) يزوجها (المشترى) بشرط ان يكون امرها بيدها (بعد البيع) اى بيع البائع منه (قبل القبض ثم يطلق الزوج) قبل الدخول (بعد الشراء والقبض) ان كان التزويج من البائع قبل البيع (او بعد القبض) ان كان التزويج من المشترى بعد البيع قبل القبض يعنى الحيلة ان ينكحها البائع قبل شراء المشترى رجلا عليه اعتماد ان يطلقها ثم يشترى المشترى ثم يطلق الزوج فانه لا يجب الاستبراء لانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء او ينكحها المشترى قبل القبض ذلك الرجل ثم يطلقها الزوج فان الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطئ فاذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك (ومن ملك امتين لا تجتمعان) والجملة صفة امتين كما فى الفرائد لكن فى القهستانى والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فانه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية (نكاحا) كاختين او بنت وامها نسبا او رضاعا (فله) اى للمالك (وطؤ احديهما فقط) لا وطؤهما (ودواعيه) اى دواعى وطئ تلك الواحدة فقط دون وطئ الاخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوة والمس بها (فان وطئهما او فعل بهما شيئا من الدواعى حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم احديهما) بتمليك او نكاح صحيح لاخر او عتق

(فصل)

فى البيع (ويكره بيع العذرة) وهى رجيع الادمى (خالصة) لان العادة لم تجر

بالانتفاع بها وانما ينتفع بهـا رمادا وتراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فحـ يجوز بيعهـا ومن هـذا قال (وجاز) بيعهـا (اومخلوطة) برماد اوتراب (فى الصحيح) وفى التبيين والصحيح عن الامام ان الانتفـاع بالعذرة الخـالصة جائز (وجاز بيع السرقين) مطلقا فى الصحيح عندنا لكونه مالا منتفعا به لتقوية الارض فى الانبات وعند الائمة الثلاثة لايجوز بيع السرقـين كالعذرة مطلقا لانها من الانجاس (والانتفاع) من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين (كالبيع) فى الحكم فما كان بيعه غير جائز يكون الانتفاع به غير جائز وما كان بيعه جائزا يكون الانتفاع به جائزا (ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلا وكلنى صاحبها) اى صاحب الجارية ببيعها (اواشتريتها) اى الجارية (منه) اى من صاحبها (اووهبها لى) صاحبها (اوتصدق) صاحبها (بها) اى بالجارية (على ووقع فى قلبه) اى فى قلب الرائى (صدقه) اى صدق البايع القائل بهذه الكلمات (حل له) اى للرائى (شراؤها) اى الجارية (منه) اى من البايع القـائل (و) حل له (وطؤها) ايضا بعد الشراء لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان لما مر وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غيرلازمة للحاجة وان كان اكبررأيه انه كاذب لايسع له ان يتعرض لشئ من ذلك كما فى الهداية (ويجوز بيع بناء مكة) لكونه ملك من بناها وهذا بالاجماع الايرى ان من بنى على الارض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك (ويكره بيع ارضها) اى ارض مكة (واجارتهـا) عنـد الامام لماروى ان النبى عليه السلام قال مكة حرام لاتباع رباعها ولاتوجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه السلام ولقوله صلى الله عليه وسلم من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربوا (خلافا لهما) لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء وقوله عليـه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقـد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التى فيها من غيرنكير وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعى (وقولهمـا رواية عن الامام) وفى شرح الكنز للعينى وبه يفتى (ويكره الاحتكار فى اقوات الادميين) كالبر ونحوه (والبهايم) كالشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لانه تعلق به حق العـامة قيد بقوله يضر باهله لانه لوكان المصر كبير الايضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولاضرر فيه لغيره (وعنـد ابى يوسف) لايختص بالاقوات بل يكره الاحتكار (فى كل مايضر احتكاره بالعامة ولو) وصلية (كان ذهبـا اوفضة اوثوبا) اونحو ذلك لانه اعتبر

حقيقة الضرر اذهو المؤثر فى الكراهة وعند محمد لا احتكار فى الثياب واختلفوا فى مدة حبس القوت المكروه وقيل هى اربعون يوما لقوله عليه السلام من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل شهر لان مادونه قليل عاجل كما مر هذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن الاثم يلزم فى مدة قليلة لكون التجارة غير محمودة فى الطعام (واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره) اى القاضى المحتكر (ببيع ما يفضل عن حاجته) اى عن قوته وقوت عياله ودوابه (فان امتنع) المحتكر عن البيع حبسه القاضى وعزره (باع عليه) وقيل لايبيع عند الامام وعندهما يبيع وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما فى المنح وغيره فلهذا اتى بصورة الاتفاق (ولا احتكار فى غلة ضيعته) لانه خالص حقه (ولا فيما جلبه من بلد آخر) عند الامام لعدم تعلق اهل بلد بطعام بلد آخر (وعند ابى يوسف يكره) ان يحبس ماجلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه السلام من احتكر فهو خاطئ (وكذا) يكره (عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة) فهو بمنزلة فناء المصر لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (وهو) اى قول محمد (المختار) هذا لم يوجد فى الكتب التى اخذ المص مسائل كتابه منها كما فى الفرائد (ويجوز بيع العصير) اى عصير العنب (ممن) يعلم انه (يتخذه خمرا) لان المعصية لاتقوم بنفس العصير بل بعد تغيره فصار عند العقد كسائر الاشربة من عسل ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه) يعنى كان لمسلم دين على مسلم فباع الذى عليه دين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لايحل للداين ان يأخذ ثمن الخمر بدينه (وان كان المديون ذميا لا يكره) والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلايحل اخذه وفى الوجه الثانى ان البيع صحيح لانه مال متقوم فى حق الكافر فيملكه البايع فيحل الاخذ منه (ويكره التسعير) لقوله عليه السلام لاتسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فلا ينبغى له ان يتعرض لحقه (الا اذا تعدى ارباب الطعام فى القيمة تعديا فاحشا) كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير (فلا بأس به) اى بالتسعير (بمشورة اهل الخبرة) اى اهل الرأى والبصر لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع فان باع باكثر مما سعره اجازه القاضى قيل اذا خاف البائع ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لايحل ما باعه لكونه فى معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له المشترى بعنى ما تحبه فح باى شئ باع يحل كما فى الاختيار وغيره

حكى فى الهداية وغيرها ومن باع منهم بعد مدة الامام صح لانه غير مكره على البيع وان لم يوجد الرضى فى القدير فالمشترى اذا وجد المبيع ناقصا منه له ان يرجع على البائع بالنقصان لان المقدر المعروف كالمشروط (ويجوز شراء ما لابد للطفل منه) مثل النفقة والكسوة (وبيعه) اى بيع ما لابد للطفل من بيعه (لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان هو) اى الطفل (فى حجرهم) وقال الشافعى ومالك لايجوز شراؤهم وبيعهم له الا بامر الحاكم (وتوجره) اى الطفل (امه فقط) اذا كان (فى حجرها) لانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه فتملك اتلافها بعوضه والاجارة بالاولوية دون الاخ والعم والملتقط فانهم لايملكون الاتلاف مادمه ولوفى حجرهم هذه رواية الجامع الصغير وفى رواية القدورى يجوز ان يوجره الملتقط و يسلمه فى صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه صيرورة ونفعا محضا للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يملكون التصرف بحكم الولاية ولهذا لايشترط ان يكون فى ايديهم وحجرهم

(فصل فى المسابقات)

(تجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والابل والاقدام) لقوله عليه السلام لا سبق الا فى خف اونصل اوحافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى وبالحافر الفرس والبغل وفى الحديث سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر رضى الله عنهما فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتاج اليه فى الجهاد للكر والفر وكل ماهو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه سعيا فى اقامة هذه الفريضة وعن النبى عليه السلام لاتحضر الملائكة شيئا من الملاهى سوى النضال والرهان (فان شرط فيها) اى فى المسابقة (جعل من احد الجانبين) مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتنى اعطيك كذا وان سبقتك لآخذ منك شيئا (او) شرط فيها جعل (من ثالث لاسبقهما) مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق فله على كذا (جاز) لانه تحريض على آلة الحرب والجهاد لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وفى القياس لايجوز لانه تعليق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لايجوز فى الاقدام (وان) شرط (من كلا الجانبين حرم) بان يقول ان سبق فرسك اعطيك كذا وان سبق فرسى فاعطنى كذا لانه يصير قمارا والقمار حرام (الا ان يكون بينهما) فرس (محلل كفؤلهما) اى لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما (ان سبقهما احد) الجعل (منهما وان سبقاه لايعطيهما) شيئا او بالعكس يعنى شرط انهما او سبقاه يعطيهما وان سبقهما لاياخذ شيئا منهما كما فى التسهيل (وفيما بينهما ايهما

سبق اخذ) المال المشروط (من الآخر) لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما لم يجز لانه لا فائدة فى ادخاله بينهما فلم يخرج حينئذ من ان يكون قمارا (وعلى هذا لو اختلف) عالمان (اثنان فى مسئلة واراد الرجوع الى شيخ) فاضل (وجعلا على ذلك جعلا) قال فى المنح او وقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما لصاحبه انه ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان كما قلت لا اخذ منك شيئا فهذا جائز لانه لما جاز فى الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد فى طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة (ومن دعى) اليها (فليجب وان لم يجب اثم) لقوله عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم يأكل اثم وجفا كما فى الاختيار (ولا يرفع منها) اى من الوليمة (شيئا ولا يعطى سائلا الا باذن صاحبها) لان الاذن فى الاكل دون الرفع والاعطاء (وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب) سواء كان ممن يقتدى به اولا لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكرا قال على رضى الله تعالى عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله عليه السلام فرأى فى البيت تصاوير فرجع بخلاف ما هجم عليه لانه قد لزمه (وان لم يعلم) ان ثمه (لهوا حتى حضر فان قدر على المنع فعل) المنع لانه نهى عن منكر (والا) اى وان لم يقدر عليه (فان كان مقتدى به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد) لان فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (والا) اى وان لم يكن مقتدى به ولم يكن اللهو على المائدة (فلا باس بالقعود) والصبر فصار كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة حيث لا اترك التشييع والصلوة عليها لاجل ما عندها من النياحة كذا هنا (قال الامام ابتليت به) اى باللهو (مرة فصبرت وهو) اى قول الامام (محمول على ما قبل ان يصير مقتدى) اذ قد عرفت انه لا رخصة للمقتدى (ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى) حتى التغنى بضرب القضيب (لان الابتلاء انما يكون بالمحرم) قيل ان الابتلاء لا ينفك عن الشر ولو فى المال فلا يرد ما قال فى الاصلاح من انه وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث انتهى لان الابتلاء يستعمل فيما يوجد فيه الشر كما هنا وفيما يفضى اليه غالبا كما فى القضاء ولذا قالوا هنا دل هذا على حرمة كل الملاهى ولم يقولوا دل على حرمة كل ما يطلق عليه كما فى شرح الوقاية لابن شيخ قيل الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز يقال الظاهر انه يجلس معرضا عن اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به

فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو وعلى هذا لا يكون مبنى حرام (والسلام منه) اي لعنه (ما هو حرية كالتسبيح ونحوه) كالتحميد والتكبير والتهليل والصلاة على النبي عليه السلام والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات الآية (وقد يأثم به) اي بالتسبيح (ونحوه اذا فعله في مجلس الفسق وهو يعلمه) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وان قصد به) اي بنحو التسبيح (فيه) اي في مجلس الفسق (الاعتبار) والانماط (والانكار) لافعال الفاسقين وان يشتغلوا عماهم فيه من الفسق (حسن) وكذا من سبح في السوق بنية ان الناس غافلون فلعلهم تنبهوا الآخرة وهو افضل من تسبيحه في غير المجامع قال عليه السلام ذاكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله كما في الاختيار (ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله او يصلي على محمد عليه السلام فانه يأثم لانه يكون لامر الدنيا بخلاف الغازي او العالم اذا كبر او هلل عند المبارزة وفي مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين (و) يكره (الترجيع بقراءة القرآن و) كذا يكره (الاستماع اليه) لانه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو الغنى ولم يكن هذا في الابتداء ولهذا كره في الاذان (وقيل لا بأس به) لقوله عليه السلام زينوا القرآن باصواتكم (وعن النبي عليه السلام انه كره رفع الصوت عند القراءة القرآن والجنازة) وفي البزازية ويكره رفع الصوت بالذكر ويذكر في نفسه وقد جاء سبحان من قهر عباده بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحي الذي لا يموت (والزحف) اي الحرف (والذكير) اي الوعظ (باطل به) اي برفع الصوت (عند) استماع (الغناء) المحرم (الذي يسمونه وجدا) والظاهر الموصول مع صلته صفة لقوله الغناء لكن في تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر وفي التسهيل في الوجد مراتب و بعضه يسلب الاختيار فلا وجد للانكار فلا تفصيل انتهى وفي القنية ولا بأس باجتماعهم على قراءة الاخلاص جهرا عند ختم القرآن ولو قرأ واحد واستمع الباقون فهو اولى (وكره الامام القراءة عند القبر) لان اهل القبر جيفة (و) كذا يكره (القعود) على القبر لانه اهانة (وجوزها) اي القراءة عند القبر (محمد وبه) اي يقول محمد (اخذ) للفتوى لما فيه من النفع اورود الآثار بقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويصلي وقد مر في الحج و يؤيده ما قال في كتاب المسمى بالحجج من انه اخبرنا سفيان الثوري قال حدثنا عمران بن ابي عطاء قال شهدت محمدا ابن حنيفة صلى على ابن عباس رضي الله تعالى

عنهما فكبر عليه اربعا وادخله من قبل القبلة وضرب عليه فسطاطا ثلثة ايام انتهى وظاهر ان ضرب الفسطاط ليس الالاجل القراءة لاغير وفى التنوير تطيين القبور لايكره فى المختار وفى القهستانى ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قربا وبعدا كما فى الحيوة فيقول عليكم السلام يااهل القبور ويدعوه مستقبل القبلة وقيل الدعاء قائما اولى وقال السرخسى لابأس بالزيارة للنساء على الاصح (ومنه) اى من بعض الكلام (مالا اجر فيه ولاوزر بحوقم واقعد) ونحوهما لانه ليس بعبادة ولامعصية وقيل لايكتب عليه ولاله لانه لااجر عليه ولاعقاب وعن محمد مايدل عليه وعن ابن عباس انه قال الملائكة لاتكتب الاما كان فيه اجر اووزر وقيل يكتب ثم يمحو مالااجر فيه ويبقى مافيه جزاء ثم قيل يمحو فى كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحى يوم القيمة كما فى الاختيار (ومنه) اى بعضه (ماياثم به كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة) لان كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل وكذا التملق فوق العادة لان التملق مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفى التنوير ويكره الكلام فى المسجد وخلف الجنازة وفى الخلاء وفى حالة الجماع (والكذب حرام الافى الحرب للخدعة وفى الصلح بين اثنين وفى ارضاء الاهل وفى دفع الظالم عن الظلم) لانا امرنا بهذا فلايبالى فيه الكذب اذاكانت نيته خالصة (ويكره التعريض به) اى بالكذب (الالحاجة) كقولك لرجل كل فتقول اكلت يعنى امس فلابأس به لانه صادق فى قصده وقيل يكره لانه كذب فى الظاهر (ولاغيبة لظالم) يؤذى الناس بقوله وفعله قال عليه السلام اذكروا الفاجر بمافيه لكى يحذره الناس (ولااثم فى السعى به) اى بالظالم الى السلطان لزجره لانه من باب النهى عن المنكر ومنع الظلم (ولاغيبة الالمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة) لانه لايريد به جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول فصار كالقذف وفى التنوير وكما تكون الغيبة باللسان تكون الغيبة بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتبة والحركة وكل مايفهم منه الحق فهو داخل فى الغيبة وهو حرام وفى الدرر رجل يذكر مساوى اخيه المسلم على وجه الاهتمام لايكون غيبة انما الغيبة ان نذكر على وجه الغضب يريد السب (ويحرم اللعب بالنرد اوالشطرنج) وقدمر تفصيلهما فى الشهادة (والاربعة عشر) وهولعب يستعمله اليهود (وكل لهو) لقوله عليه السلام كل لعب ابن آدم حرام الحديث وفى البزازية استماع صوت الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اى بالنعمة (ويكره استخدام الخصيان) بكسر الخاء المعجمة وسكون الصاد جمع خصى على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس

على الحصاة الذي هو مثله وقد نهي عنها (و) يكره (وصل الشعر بشعر آدمي) سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث (و) يكره (قوله في الدعاء اسئلك بمعقد العز من عرشك) بتقديم العين او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة في القول الثاني ظاهرة لاستحالة القعود وكذا في الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش المحدث والله تعالى بجميع صفاته قديم (خلافا لابي يوسف) فانه يجوز الاول عنده لدعاء ما ثور وهو اللهم اني اسئلك بمعقد العز من عرشك وبمنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة وبه اخذ ابو الليث والائمة الثلاثة وقيل وجه الجواز جواز جعل العز صفة للعرش العظيم كما وصف بالمجد والكرم (و) يكره (قوله اسئلك بحق انبيائك ورسلك) او بحق البيت او بحق المشعر الحرام اذ لا حق لاحد على الله تعالى وانما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه (واستماع الملاهي حرام) والمناسب ان يذكر بعد قوله وكل لهو (ويكره تعشير المصحف) والتعشير ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة (ونقطه) بفتح النون اي نقط المصحف وهو اظهار اعرابه لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه جردوا المصاحف (الا للعجم) الذي لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط (فانه) اي النقط (حسن) خصوصا في هذا الزمان فالمروي مخصوص بزمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبي عليه السلام كما انزل وكانت القراءة سهلا عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط مخلا لحفظ الاعراب والتعشير مخلا لحفظ الآي ولا كذلك العجمي وعلى هذا لا بأس بكتب اسامي السور وعد الآي فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان (ولا بأس بتحليته) اي المصحف لما فيها من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه وفي القنية ينبغي لمن اراد كتابة القرآن ان يكتبه باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض قرطاس بافخم قلم وارق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف وعن الامام انه يكره ان يصغر المصحف وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا بأس بنقطه المصحف لان ابن عمر رضي الله عنهما كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول عهد ربي ومنشور ربي عز وجل كما في القنية (ولا بأس بدخول الذمي المسجد الحرام) وقال مالك يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي واحمد يكره في المسجد الحرام (ولا بأس بعيادته) اي عيادة الذمي اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق في الاصح وفي التنوير ويسلم على اهل الذمي ولا يزيد على قوله وعليك ان رد عليه (ويجوز اخصاء البهائم) منفعة للناس لان لحم الخصي اطيب قيل الصواب

خصاء البهائم اذ يقال خصاه اذا نزع خصيته (و) يجوز (انزاء الحمير على الخيل) اذ لو كان هذا الفعل حراما لما ركب النبي عليه السلام البغلة لما فيه من فتح بابه (و) يجوز (الحقنة للرجال والنساء) للتداوي بالاجماع اولاجل الهزال اذا خشي يفضي الى السل ولاجناح اذا كان يعتقدان الشافي هو الله تعالى دون الدواء (لا) تجوز الحقنة (بمحرم كالخمر ونحوها) قيل يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول ان اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث النهي كما في حاشية اخي جلبي لكن فيه كلام كما لا يخفى تامل (ولا بأس رزق القاضي) من بيت المال (كفاية) يعني يعطى منه ما يكفيه واهله في كل زمان سواء كان غنيا في الاصح او فقيرا (بلا شرط) واذا شرط يكون استيجارا باجر على افضل طاعة وذا لا يجوز هذا اذا كان بيت المال حلا لا جمع بحق وان كان حراما جمع من باطل لم يحل اخذه وقدم تفصيله في القضاء (ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجنبي في الامة بمنزلة المحارم في النظر والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتق البعض عند الامام والفتوى على انه يكره في زماننا لغلبة اهل الفساد (والخلوة بها) اي ولا بأس بالخلوة بالامة (قيل تباح) اعتبارا بالمحارم (وقيل لا) تباح لعدم الضرورة (ويكره جعل الراية) اي جعل الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الرأس (في عنق العبد) لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وفي النهاية لا بأس في زماننا لغلبة التمرد والفرار (لا) يكره (تقييده) احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق (ويكره ان تقرض بقالا درهما لتأخذ منه) اي من البقال (به) اي بالدرهم (ما تحتاج) من الطعام وغيره (الى ان تستغرقه) اي الدرهم فانه قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيئا فشيئا وان ضاع فلا شيء عليه لان الوديعة امانة (والسنة تقليم الاظافير) وفي الدرر رجل وقت لقلم اظافيره وحلق رأسه يوم الجمعة قالوا ان كان يرى جواز ذلك في غير الجمعة واخره الى يومها تأخيرا فاحشا كان مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره تبركا بالاخبار فهو مستحب لما روى عن النبي عليه السلام انه قال من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله تعالى من البلايا الى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة ايام وينبغي ان يدفنه وان القاه فلا بأس به ويكره القاؤه في الكنيف والمغتسل (و) السنة (نتف الابط وحلق العانة والشارب) وفي القنية ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال في كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففي خمسة عشر يوما مرة ولا عذر في تركه وراء اربعين (وقصه) اي الشارب

(حسن) وفي جق ابنه زي في دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر) الداخل فيه (وقص اصيره ويستحب اتخاذ الاوعية انقل الماء الى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن نهين عن الخروج فيلزم كثرة حاجاتهن (وكونها) اى الاوعية (من الخزف افضل) وفي الحديث من اتخذ اوانى بيته خزفا زارته الملائكة و يجوز اتخاذها من نحاس اورصاص اوشبه اوادم (ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود) جمع اللبد (للبرد) لان فيه منفعة (ويكره للزينة وكذا ارخاء الستر على البيت) يعنى لايكره اذا كان لدفع البرد ويكره ان للتكبر (واذا ادى الفرائض) من النفقة والكسوة وغيرهما (واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوارى جميلة فلا بأس به) لان النبي عليه السلام تسرى مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده (والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقى الى ماينفع فى الآخرة اولى) لان ماعند الله خير وابقى

(كتاب احياء الموات)

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب مايكره ومالايكره ومن محاسنه التسبب فى الخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهى له وشروطه ستذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر وحكمه تملك المحيى ما احياه كما فى العناية الموات لغة حيوان مات ويسمى به ارض لامالك لها ولا ينتفع بها تشبيها بالموت بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به فالمراد من الاحياء عرفا التصرف والانتفاع بان يبنى فيها بناء اويزرع فيها زرعا اويغرس فيها شجرا اونحو ذلك وشرعا (هى) اى الموات بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت (ارض لا ينتفع بها) اى بالارض لانقطاع مائها اصلا اوعارضا بحيث لايرجى عوده اولغلبة الماء عليها اونحوهما مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك ومثل ان يكون الارض مالحة اوغيرها (عادية) اى قديمة غير مملوكة لاحد من زمان بعيد ولذا نسبت الى عاد (اومملوكة فى الاسلام) لكن (ليس لها اليوم) (مالك معين مسلم اوذمى) سواء كان فيها آثار العمارة اولا فان حكمها كالموات حيث يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى الموات لكن لو ظهر لها مالك يرد عليه ويضمن نقصانها ان نقصت بالزراعة والافلا وعن محمد لايحيى ماله آثار العمارة ولايوخذ منه التراب كالقصور الخربة كما فى القهستاني قيد بالمعين لانها اذا كانت مملوكة لمسلم اوذمى لم يكن مواتا وان مضت عليه

القرون وصارت خربة وفي الذخيرة ان الاراضي التي انقرض اهلها كالموات وقيل كاللقطة (وعند محمد ان ملكت في الاسلام لاتكون مواتا) علم انها مالك معين اولا بل تكون لجماعة المسلمين (ويشترط عند ابي يوسف كونها) اي الارض (بعيدة عن العامر) اي البلد والقرية فان العامر بمعنى المعمور لان الظاهر ان مايكون قريبا من القرية لاينقطع احتياج اهلها اليه كرعي مواشيهم وطرح حصايدهم فلايكون مواتا (وحد البعيد) ان يكون في مكان بحيث (لوصيح من اقصاه) اي لووقف انسان في اقصى العامر فصاح باعلى صوته (لايسمع فيها) فانه موات وان كان يسمع فليس بموات وفي رواية عنه ان البعد قدر غلوة كما في الذخيرة (وعند محمد) يشترط (ان لاينتفع بها) اي بالارض (اهل العامر) من حيث الاحتطاب والاحتشاش الى غير ذلك (ولو) وصلية (قريبة منه) اي من العامر حتى لايجوز احياء ماينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وبه قالت الائمة الثلاثة وشمس الائمة اعتمد قول ابي يوسف كما في التبيين وفي القهستاني وبقول محمد يفتي كما في زكوة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما في شرح الطحاوي والمفهوم من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابي يوسف في اشتراطه البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق لا البعد خلافا لهما (من احياها) اي الموات (باذن الامام) اونائبه (ولو) وصلية (ذميا ملكها) اي ملك المحيي الموات (وبلا اذنه) اي بلا اذن الامام اونائبه (لا) يملكها عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يملكها بدون الاذن لانها كانت مباحة ويده سبقت اليها بالخصوص فيملكها كما في الحطب والصيد وبه قالت الائمة الثلاثة الا عند مالك لو تشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والا والامام ان الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بدون اذن الامام كسائر المغانم وفي القهستاني وان كان مستأمنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفي التبيين ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلايخرج عن ملكه بالترك ولواحيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيى الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراد و يملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان في سبب الملك انتهى (ولايجوز احياء ماقرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا اوتقديرا افتقار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع به مالاغناء

للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقون منها كما في التبيين لكن بين هذا وبين ما نقل آنفا عنه وهو قوله ويجوز احياؤها لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول الاصل وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه مخالفة لان مقتضاهما ان يجوز احياء ما قرب من العامر على تقدير عدم انتفاعهم بها فتنبع (ولا) يجوز احياء (ما) اى محل (عدل) اى رجع (عنه ماء الفرات ونحوها) كدجلة والشط وغيرهما (واحتمل عوده اليه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (فان) الظاهر وان بالواو (لم يحتمل) عوده الى مكانه ولم يكن على قول ابي يوسف حريما لعامر (جاز) احياؤه لكونه ملحقا بالموات (ومن حجر ارضا ثلاث سنين ولم يعمرها) اى الارض (اخذت) الارض (منه) اى من المحجر (ودفعت الى غيره) اى غير المحجر لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء يجعلها صالحة للزراعة والتحجير الاعلام بوضع الاحجار حولها انه قصد احياءها لكونه من الحجر بالحركة وقيل اشتقاقه من الحجر بالسكون هو المنع لان من اعلم في قطعة ارض من الموات علامة بوضع الاحجار او الشوك في اطرافها او باحراق ما فيها من الشوك وغيره فكأنه منع الغير فسمى فعله تحجيرا ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق وهذا من طريق الديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر بها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء كما في التبيين (ومن حفر بئرا في ارض موات فله حريمها ان) حفرها (باذن الامام) عند الامام لانها احياء بالاذن عنده والا لا (وكذا) له حريمها (ان) حفرها (بغير اذنه عندهما) لان حفر البئر احياء عندهما سواء بالاذن او بغير الاذن (وحريم بئر العطن) التي ينزع الماء منها باليد وبناخ الابل حولها للشرب (اربعون ذراعا) من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا (من كل جانب) عطنا لماشيته ولان الحافر لا يتمكن من الانتفاع ببئره الا بحريمها (هو الصحيح) احتراز عما قيل الاربعون من كل الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ما في المتن لان في الاراضي الرخوة يتحول الماء الى ما يحفر دونها فيؤدي الى اختلاف حقه (وكذا) اربعون ذراعا من كل جانب في الصحيح (حريم) البئر (الناضح) التي ينزح الماء بالناضح

عند الامام (وعندهما للناضح ستون) اى حريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر ناضح ستون ذراعا وله قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ماحوله اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الخبران اخذنا بالاول لتيقنه وفى المحيط اذا كان عمق الماء زائدا على اربعين يزاد عليها (وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب) لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يجرى منه الى المزارع والمرائع فقدر بالزيادة قيل لوكان عادية فحريمها خمسون ذراعا وعند الشافعى ومالك يعتبر العرف فى الحريم مطلقا (ويمنع غيره) اى غير حافر البئر او العين (من الحفر فى حريمه) لانه بالحفر ملك حريم ذلك المحفور فليس لغيره ان يتصرف فى ملكه (لا) يمنع من الحفر (فيما وراءه) اى فيما وراء الحريم لعدم تعلقه بما وراءه (وان حفر احد بئرا فيه) اى فى داخل الحريم (ضمن) بالتشديد الاول للثانى (النقصان) لتعدى الثانى بتصرفه فى ملك غيره وطريق معرفة النقصان ان يقوم الاول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان مابينهما (ويكبس الاول بنفسه) اى يملأها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره فانه لايؤمر بان يبنى جداره بل يضمن قيمة بنائه ثم يبنى بنفسه هو الصحيح كما فى الهداية وقيل لايضمنه النقصان وان يأخذه بكبس مااحتفره لان ازالة جناية حفره عليه كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه يؤخذ برفعها وماعطب فى الاولى فلاضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبب منه بغير اذن الامام والتحجير لايكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان لايملكه بدون الاذن وماعطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره كما فى الهداية (وان حفر) بئرا (بامر الامام فيما وراءه) اى فى غير حريم الاول قريبة منه (فذهب ماء البئر) الاولى وعرف ان ذهابه من حفر الثانى (فلاضمان عليه) لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء بئره الى البئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثانى كما فى الدرر (وله) اى للذى حفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر الاولى (الحريم) من الجوانب الثلثة (مما) اى من جانب (سوى حريم) الحافر (الاول) لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد التوسعة عليه حفرا بعيدا من حريم البئر الاولى (وللقناة) اى مجرى الماء

تحت الارض (حريم بقدر ما يصلحهما) اى يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام (وقيل لاحريم لها ما لم يظهر ماؤها) عنده لكونها جوف الارض كالنهر وقيل انه مفوض الى رأى الامام كما فى الاختيار (وعندهما هى) اى القناة (كالبئر) فى استحقاق الحريم (وان ظهر ماؤها) اى ماء القناة (فهى كالعين) الفوارة (اجماعا) فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع (ولا حريم لنهر) فهو مجرى كبير لا يحتاج الى الكرى فى كل حين (فى ارض الغير الا ببينة) اى من كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم عند الامام الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له (وعندهما له) اى للنهر (مسناة) اى مسناة نهره لان يمشى عليها ويلقى طينه عليها قيل هذه المسئلة بناء على من احيى نهرا فى ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التتمة وهذا الحريم (بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابى يوسف) لان المعتبر الحاجة الغالبة وذلك بنقل ترابه الى حافتيه فيكفى ما ذكرناه (وبقدر عرضه عند محمد) من كل جانب لانه قد لا يمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى احدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف لهما انه لا انتفاع بالنهر الا بالحريم لانه يحتاج الى المشى فيه لتسييل الماء ولا يكون ذلك عادة فى الماء والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان الحريم ثبت فى البئر بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة فى البئر اكثر لانه لا يمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء ولا استقاء الا بالحريم واما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم وفى الشمنى وانما اختلف الامام وصاحباه فى موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لو كان مشغولا بحق احدهما كان احق به بالاتفاق انتهى وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لو كان صغيرا يحتاج الى الكرى فى كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما فى الكفاية (وهو) اى قول محمد (الارفق) بالناس الذين هم اهل النهر كما فى الهداية وغيرها وفى القهستانى نقلا عن الكرمانى والفتوى على قول ابى يوسف (فالمسناة) مبتدأ خبره قوله الاتى لصاحب الارض وتفريع على الخلاف المذكور يعنى المسناة التى (من النهر) اى بين نهر رجل صفة المسناة (والارض) اى وارض الاخر (و) الحال انها (ليست فى يد احد) منهما بان لم يكن عليها غرس ولا طين ملقى لواحد منهما والا فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد

وان كان لكل واحد منهم شايد فيشتركان فيها ولو كان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) هذا عند الامام اذ لاحريم للنهر عنده (ولا يغرس فيها صاحب النهر ولا يلقى عليها طينه ولا غيره) لكونها تعديا منه فى حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر المرور والقاء الطين فيها (مالم يفحش) وهو الصحيح كما فى التبيين وغيره لانه لايبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لايغرس فيه الا المالك (وعندهما هى) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا (وقال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقى الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة فى ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به فى المختار حيث قال ولو غرس شجرة فى ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه انتهى (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه

(فصل فى الشرب)

لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفى القهستانى الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ المعين من الماء الجارى او الراكد للحيوان او الجماد وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او الدواب (والشفة شرب بنى آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش او الطبخ او الوضوء او الغسل او غسل الثياب او نحوها (و) شرب (البهايم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مما يناسبهن والبهيمة ما لانطق له وذلك لما فى صوته من الابهام لكن يخص التعارف بما عدا السباع والطير كما فى القهستانى (الانهار العظام كالفرات) نهر الكوفة (ودجلة) نهر بغداد وغيرهما (غير مملوكة) لاحد لعدم يد فيها على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز (ولكل احد فيها) اى فى الانهار العظام (حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى نهر الى ارضه) لقوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلثة الماء والكلاء والنار لان الانتفاع بالانهر كالانتفاع بالشمس والقمر لايمنع منه احد على اى وجه كان وشرط لجواز الانتفاع

(ان لم يضر) النهر (بالعامة) وان كان مضرا بان مال الماء الى جانب فتغرق
الاراضي ليس له الشق ونصب الرحى عليه لان شق النهر في رقبته كشق اصل
(وفي الانهار المملوكة وشارب وتواميس والشفة لكل) احد (حق الشفة) وحق سقي
الدواب (ان لم يخف تخريب بكثرة المواشي) حتى لو خاف التخريب لكثرة
الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما اثبتنا حق الشرب له
للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (او) لم تنقطع (الاتيان
على جميع الارض) وفي الهداية الشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان
جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثيرة يقطع الماء اشرابها قيل
لا يمنع منه لان الابل لا تردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة
الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه
انتهى وفي الدين واختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع لاطلاق ما روينا آنفا وقال
اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الاراضي انتهى ولهذا اختار المص المنع
نظرا للاكثر (لا سقي ارضه او شجره) اي ليس لاحد سقي ارضه وشجره من نهر
غيره وقناته وبئره وحوضه (الا باذن مالكه) لان الحق له فيتوقف على اذنه
وفي المنح نقلا عن الخانية نهر لقوم ولرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر
ليس له ان يسقي منه ارضا او شجرا او زرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه
وان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاواني ويسقي زرعه او شجره اختلف
المشايخ والاصح انه ليس له ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه (وله) اي لكل احد
(الاخذ) اي اخذ الماء منها (للوضوء وغسل الثياب) ولو بغير رضاه لئلا يلزم
ما هو مدفوع شرعا (وسقي شجر وخضر) اخذ منها (في داره بالجرار في الاصح)
قال في المنح ولو اخذ في داره خضرة او شجرة واراد ان يسقي ذلك بالاواني من نهر
غيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ ليس له ذلك الا باذن صاحب الماء كما ليس له سقي
شجرة او خضرة في غير داره وعن شمس الائمة السرخسي انه لا يمنع من هذا القدر
واختار المص ما قال السرخسي لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة
(وما احرز من الماء بحب او كوز ونحوه لا يؤخذ الا برضاء صاحبه وله)
اي لصاحب الماء المحرز (بيعه) اي بيع الماء لانه ملكه بالاحراز وصار
كالصيد اذا اخذه الا انه لا قطع في سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث
فان قيل بهذا الاعتبار ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى
خلق لكم ما في الارض جميعا يصير شبهة قلنا قوله تعالى خلق لكم
ما في الارض مقابلة الجمع بالجمع فيقتضي انقسام الآحاد بالآحاد كقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز ان يراد

على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس عاما (ولو كانت البئر والعين او النهر فى ملك احد فله) اى لصاحب الماء (منع من يريد الشفة من الدخول) اى فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى ارض مباحة لعدم الضرورة (فان لم يجد غيره) اى غير ذلك الماء (لزمه) اى صاحب الماء (ان يخرج اليه الماء او يمكنه) من التمكين (من الدخول) بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوى وقيل ماقاله صحيح فيما اذا احتفر فى الارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات ليس له ان يمنعه كما فى الهداية (فان لم يفعل) ماذكر من الاخراج والتمكين (وخيف العطش) على نفس الطالب او دابته (قوتل بالسلاح) لاثر عمر رضى الله تعالى عنه ولانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك (وفى) الماء (المحرز) فى الاوانى (يقاتل بغير سلاح) يعنى عند خوف الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولا يقاتله بالسلاح لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مأمور ان يدفع اليه قدر حاجته فبلمنع خالف الامر فيؤدبه الى القتال كما فى الاختيار (كما فى الطعام حال المخمصة) والمفهوم من الكافى وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير

(فصل)

فى كرى الانهار (وكرى الانهار العظام من بيت المال) خبر كرى الانهار وفى الهداية الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد اى قط كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة والا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه والاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب (وان لم يكن فيه) اى فى بيت المال (شئ فعلى العامة) اى فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يجتمعون ولا ينفقون عليها بانفسهم ولا يقيمونه ان لم يجبرهم الامام عليه وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج للكرى من كان يطيقه وتجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعله فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق على القتال وتجعل مؤنته على الاغنياء (وكرى ماملك) ودخل ماؤه فى المقاسم قوله ملك على صيغة المبنى للمفعول

على اربابه وهـذا النوع انسب ان يكون عاما من وجه وخاصا من وجه والانسب ان يكون خاصا من كل وجه والفارق بينهما ان ما يستحق به الشفعة فهو خاص من كل وجه وما لا يستحق فهو عام من وجه فكريه على اهلها لا على بيت المال لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (لا على اهل الشفة) لانهم لا يحصون اولاهل الدنيا كلهم حق الشفة ولانهم اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع (ويجبر من ابى) عن الكرى دفعا الضرر بقية الشركاء وقيل لا يجبر في المملوك الخاص لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه بالكرى بامر القاضي ثم رجع على الآبي ولا كذلك الاول (ومؤنته) اى مؤنة الكرى المشترك (عليهم) اى على الارباب (من اعلاه) اى من اعلى النهر (واذا جاوز) الكرى (ارض رجل) من الشركاء (سقطت) المؤنة (عنه) اى عن الرجل (عند الامام) وفي الخانية الفتوى على قوله (وليس له) اى للرجل (سقي ارضه ما لم يفرغ شركاؤه) عن الكرى لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه (وقيل له) اى للرجل (ذلك) اى السقي قبل فراغهم (وعندهما هي) اى المؤنة (عليهم) اى على الارباب (جميعا من اوله) اى من اول النهر (الى آخره بحصص الشرب) وبيانه ان الشركاء في النهر اذا كانوا عشرة مثلا فعلى كل واحد منهم عشر مؤنة الكرى فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلى كل من الباقين تسعها واذا تجاوز عن ارض اخرى فعلى كل منهما ثمنها وهكذا عند الامام وقالا على كل منهما اعشار من اول الكرى الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه رفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله اذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه كما في الهداية (وتصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا لان الشرب قد يملك بلا ارض ارثا ووصية وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فصار هو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوى وتقبل البينة وفي القياس لا تصح دعواه بدونها لعدم تحقق شرط صحة الدعوى وهو الاعلام والشرب لا يقبل الاعلام لجهالة المقام (ومن كان له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض

منع الاجراء) فى ارضه (فليس له) اى للرب (ذلك) اى المنع ويتركه على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون فى يده فعند الاختلاف يكون القول قوله فى انه ملكه (فان لم يكن) اى النهر (فى يده) اولم يكن له اشجار ولا طين ملقى على جانبى النهر (اولم يكن جاريا فادعى انه) اى النهر (له وقصد اجرائه لا يسمع بلا بينة انه) اى النهر (له اوانه كان له حق الاجراء) فى هذا النهر يسوقه الى ارضه لسقيها فيقضى له به لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه اوحق الاجراء باثبات الجرى من غير دعوى الملك (وعلى هذا المصب فى نهر اوسطح والميزاب والممشى فى دار الغير) فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب وقع فى نسخة المص بالواو فى الميزاب والممشى لكن الظاهر باو فيهما تدبر (وان اختصم جماعة فى شرب) اى نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فا انهر (بينهم قسم) الشرب (على قدر اراضيهم) لان الحق بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر اراضيه و بقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان الحق فيه التطرق ولا يختلف باختلاف الدار الواسعة والضيقة (ويمنع الاعلى) منهم (من سكر النهر) اى من سده يعنى اذا كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء قليلا بحيث لا يمكنه سقى ارضه تمامها الا بسده لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا عن الباقين فى بعض المدة وفيه منع لحقهم فلوانحدر الماء من الجبل الى وجه الارض فانتشر لايمنع الاعلى منه بل يكون لمن سبق اليه يده وفيه اشعار بانه يشرب بقدر مايدخل فى ارضه بدون السكر انتهى (بلا رضاهم) اى بلا رضاء الشركاء الباقية (وان) وصلية (لم تشرب ارضه) اى الاعلى (بدونه) اى السكر فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته اواصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب لايسكر بما ينكبس به النهر كالطين والتراب من غير تراض لكونه اضرارا بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء فى النهر بحيث لايجرى الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرو وا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم (وليس لواحد منهم) اى من الشركاء (ان يشق منه) اى من النهر المشترك (نهرا او ينصب عليه رحى او) ينصب عليه دالية وهى بالفارسية چرخ آب (او) ينصب عليه (جسرا) وهو اسم لما يتخذ من الخشبة والالواح على النهر (بلا اذن البقية) اذ بالشق يكسر ضفة النهر

بالشركة وبالجنب متغيرتين بسببه الذي كان يجري عليه ويستد لماب النهر فيتوقف على اذن شريكه (الارجي في ملكه ولا تضر بالنهر ولا بمائه) اي الا اذا وضع رحى في ملكه بان وقع في بطن النهر وكان جانباه ملكاله والاخر حق التسييل حال كونه غير مضر بالنهر من كسر ضفته ولا بالماء من اخراجه عن سننه فيجوز كما ذكر آنفا (ولا ان يوسع فم النهر) اي فمه في ارضه لانه يكسر طرف اصل النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء (ولا ان يقسم بالايام او مناصفة بعد كون القسمة) من القديم (بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحهما وقد يضم الكاف في المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى ويجوز فيه المد والقصر والمراد ثقب في الخشب او الحجر يجري الماء الى المزارع او الجداول اي ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام ولا مناصفة مع ان القسمة قد كانت من القديم بالكوى وكذا ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم يترك على قدمه الا ان يرضى الكل (ولا ان يزيد كوة) اي او كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة (وان) وصلية (لم يضر بالباقين) لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى كما في الهداية (ولا ان ينقص بعض كواه) وفي التبيين ولو اراد الاعلى من الشريكين من النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عنها كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر وكذا اذا اراد ان قسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما (ولا) اي ليس لواحد (ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها) اي للارض الاخرى (منه) اي من ذلك النهر (شرب) لاحتمال ان يدعي رب الارض بتقادم العهد حقا لتلك الارض في الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى تنتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذا لارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى (فان رضي البقية) اي بقية الشركاء (بشيء من ذلك) المذكور من النقص والزيادة والقسمة من الايام وغيرها (جاز) لان الحق (لهم) ولهم اسقاطه (ولهم) اي للبقية (نقضه بعد الاجازة وورثتهم من بعدهم) لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه فيرجع فيها هو وورثته اي وقت شاء لان العارية غير لازمة كما في التبيين (والشرب يورث) لكونه حقا

مالا يجرى فيه الارث (ويوصى بالانتفاع به) اى بعينه لا برقبته اذ الوصية كالارث فى الثبوت بعد الموت فيصير حكمهما كحكمه وجهالة الموصى به لا تمنع الوصية لانها من اوسع العقود حتى جازت المعدوم بالمعدوم كما فى المنح (ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يوجر ولا يتصدق به بلا ارض) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولكونه غير متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وفى الهداية ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما فى حال حيوته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب له فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (ولا يجعل) الشرب (مهرا) حتى لو تزوج امرأة على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه لا الشرب (ولا) يجعل (بدل صلح) فيكون المدعى على دعواه (ولا يضمن من ملأ ارضه فنزت ارض جاره) او غرقت لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان الشرط وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا وانما قلنا ليس بمتعد فيه لان له ان يملأ ارضه ماء ويسقيها كما فى المنح وفى القهستانى هذا اذا سقى فى نوبته مقدار حقه واما اذا سقى فى غير نوبته او زاد على حقه يضمن على ما قال اسماعيل الزاهد وذكر فى التتمة انه اذا سقى سقيا غير معتاد فتعدى ضمن وعليه الفتوى (ولا) يضمن (من سقى من شرب غيره) لان الشرب ليس بمال متقوم وهذا على رواية الاصل وهو مختار الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى كما فى القهستانى وفى الزاهدى من سقى من شرب غيره يرفع الى السلطان ليؤدبه بالحبس والضرب وفى المنح وان اخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان رأى ذلك

(كتاب الاشربة)

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك قلت بان السكر حرام فى جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالحرمة واعلم ان الاصل فى الاشياء كلها سوى الفروج الاباحة قال الله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا وقال كلوا مما فى الارض

حلالا طيبا وانما تثبت الحرمة بعارض نص مطلق او خبر مروي فما لم يوجد شيء من الدلائل المحرمة فهي على الاباحة وقد دل كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية وقول النبي عليه السلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها وقد تواتر تحريمها عن النبي عليه السلام وعليه اجماع الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب ماء كان او غيره حلالا او غيره واصطلاحا ما هو مسكر وما يستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا والمضاف محذوف اي شرب الاشربة واصولها الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوب كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كلبن الابل والرماك والمتخذ من العنب خمسة انواع او ستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقي واحد وكل منها على نوعين نيء ومطبوخ كما سيأتي (تحرم الخمر) وان قلت (وهي النيء) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلا) من غلا يغلي غليا وغليانا اي صار اسفله اعلى (واشتد) اي قوي بحيث صار مسكرا (وقذف بالزبد) بالتحريك اي رمى بحيث لا يبقى فيه شيء من الزبد فيصفو ويروق (شرط) عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف بالزبد والسكون كمال الشدة اذ به يتميز الصافي من الكدر (خلافا لهما) لان عندهما وعند الائمة الثلاثة لا يشترط فيه القذف بالزبد لانه يسمى خمرا قبل القذف وفي المنح والغليان والشدة شرط بالاجماع وفي النهاية ولا يحد بدون القذف احتياطا به قال ابن الشيخ في شرح الوقاية وخص اسم الخمر بالنيء من ماء العنب اذا صار مسكرا باتفاق اهل اللغة واستعمل فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا كان او مطبوخا من ماء عنب او غيره لانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر واجيب عنه انما سمي هذا خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة او لاختماره وهو تغير ريحه لا للمخامرة ولو سلم انه سمي لمخامرته العقل فذا لا يدل على ان كل ما خامر العقل يسمى خمرا كالنجم لانه اسم خاص بالكواكب لظهوره وهذا لا يدل على ان كل ما ظهر يسمى نجما مع ان المناسبة في الوضع تعتبر تارة كما في النجم والخمر وقد لا تعتبر تارة كما في الحجر والجدار (و) تحرم (الطلاء) بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف (وهو ما طبخ منه) اي من ماء العنب (فذهب اقل من ثلثيه) كما في الوقاية والكنز لكن في التبيين نقلا عن المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه على ما يجيء عن قريب ويؤيد المحيط تفسير الجوهري اياه بما ذهب ثلثاه وفي النهاية كما في المتن تعبير الذاهب اقل من ثلثيه

ويسمى البـاذق ايضـا سواء كان الذاهب قليلا اوكثيرا بعدان لم يكن الذاهب ثلثين (فان ذهب نصفه) بالطبخ وبقى النصف (يسمى منصفا وان طبخ بادنى طبخة يسمى باذقا) اسم لمـا يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان اقل من الثلث اوالنصف بعد ماصار مسكرا (اذاغلا واشتد) وقذف بالزبد عـلى الاختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليـله الى كثيره كالخمر ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به الفساد وقال الاوزاعى انه مبـاح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر (و) يحرم (السـكر) وفى المغرب بفتحتين عصير الرطب ولهـذا قال (وهو النى من ماء الرطب) وفى المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت فسره الجوهرى بنبيـذ التمر وفى الهداية السكر هوالنى من ماء التمراى الرطب وفى العنـاية انمافسر التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول الشيخين فبين قولى الجوهرى والفقهاء نوع مخالفة فليتأمل وانما يحرم (اذا غلا واشتد) وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبدالله هومباح وان قذف بالزبد لقوله تعـالى ومن ثمرات النخيل والاعنـاب تتخذون منه سكرا ورزقا حسـنا لان الذكـر وقع فى موضع المنة وهى لاتتحقق بالمحرم قيـل فى جوابه ان توصيـف المعطوف بالحسـن لايخ من الدلالة عـلى ان فى المعطوف عليـه قبحا مع ان الامتنان مشـوب بالتوبيخ هوتتخذون سـكرا وتدعون رزقا حسنا (و) يحرم (نقيع الزبيب) وهى النى من ماء الزبيب (اذاغلا واشتد) ويأتى فيه خلاف الاوزاعى (واشتراط قذف الزبد فيهن) اى فى النقيـع والسـكر والطلاء (عـلى مافى الخمر) اى على الخلاف الواقع فيهـا (والكل) من الطلاء والمنصف والبـاذق والسـكر والنقيع (حرام) لحديث كل مسكر حرام واوله لاخلاله بسلامة العقل (وحرمتهـا) اى حرمة هذه الاشيـاء (دون) حرمة (الخمر فنجاسـة الخمر غليظـة) رواية واحدة كالبول لثبوت حرمتها بدليـل مقطوع (ونجاسـة هذه) الاشيـاء (مختلف فى غلظتهـا وخفتهـا) فان نجاستهـا خفيفة فى رواية (ويكفر مستحل الخمر) لانكاره الدليل القطعى (دون هذه) الاشياء لان حرمتها غير قطعية بل اجتهادية (ويحد بشرب قطرة من الخمر وان) وصلية (لم يسـكر بخلاف هذه الاشياء) اى لايحد فيها مالم يسكر منها الا ان الحد ورد فى النى خاصة ولايتعدى الى المطبوخ (ويجوز بيع هذه) الاشياء (ويضمن متلفها) عند الامام (خلافا لهمـا) كامر فى الغصب (وفى الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان) عـلى المتلف (اجمـاعا) اما عدم جواز البيع فلقوله عليه السـلام ان الذى

حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واما عدم الضمان فلشبهة وظن تقومها في حق المسلم (واو طبخت بالجمر اوغيرها) من الاشربة المحرمة (بعد الاشتداد لاغليان) وصلة (ذهب ثلثاه) وفي الثالث لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لالرفعها بعد ثبوتها (لكن قيل لا يحد) من شرب ذلك المطبوخ (مالم يسكر) لان الحد في القليل ورد في الني والطبخ يورث الشبهة والحد يندرئ بها وعند السكر يلحق بالخمر (ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة) وهوان يطبخ الى ان ينضج (وان) وصلية (اشتد) بحيث (مالم يسكر) بلا لهو وطرب بل بنية تقو ولقوله عليه السلام لاتنبذوا الرطب والزبيب معا ولكن انبذوا كل واحد منهما على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما فرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه اذ الني حرام باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وفي الهداية ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا انتهى هذا مخالف لما قاله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال تتبع (وكذا) يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة) وفي الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم انتهى لكن ينافي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين الشجرتين غير الخمر كما في التسهيل لكن يدل عليه ما روي عن النبي عليه السلام انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقال كل مسكر خمر الا انه قيل ليس بثابت ولئن سلم ثبوته فهو محمول على القدح الاخير تتبع فان اقوال الفقهاء في هذا المحل مضطربة (والخليطين) من الزبيب والتمر (طبخت اولا) هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن في الهداية وغيرها من المعتبرات ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع الزبيب كان حراما وهو الني منه والا يؤدي الى التناقض وما روي من النهي عن الخليط محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء والاباحة في حالة السعة انتهى فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المص وهو طبخت اولا وبين قول

الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المص وهو طبخ اولا قبل الاشتداد ويؤيده ماروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت تنبذ لرسول الله عليه السلام في سقاه فيأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فيطرحهما فيه ثم يصب عليه الماء فينبذه غدوة فيشرب به عشية وتنبذ عشية فيشربه غدوة فعلم انه قبل الاشتداد لانه لايشتد في الغدوة وكذا في العشية غالبا تدبر (وكذا) يحل (المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقي الثلث ولا يعتبر بما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقي حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغي ان يطبخ موصولا فاذا انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والاحرم وهو المختار للفتوى كما في القهستاني (وان) وصلية (اشتد) وقذف مالم يسكر بلانية لهو وطرب عند الشيخين لانه لغلظته لايدعو الى اكثار شربه وهو في نفسه غذاء فبقي على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبيله وفي الهداية والذي يصب الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لايزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا كل لان الماء يذهب اولا للطافته اويذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب (وفي الحد بالسكر منها) اي من هذه الاشياء (روايتان والصحيح وجوبه) اي وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك (ووقوع طلاق من سكر منها) اي من هذه الاشياء (تابع للحرمة) فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها ومن قال انها حلال لايقع طلاق من سكر منها لانه بمنزلة النائم وذهاب العقل بالبنج واللبن الرماك (والكل حرام عند محمد) وعند مالك والشافعي (وبه) اي بقول محمد (يفتى) لفساد الزمان وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه (والخلاف) بينه وبين الشيخين (انما هو عند قصد التقوى بشربها (اما عند قصد التلهي فحرام اجماعا) فانه يقع الطلاق بالاجماع لان التلهي حرام ومايؤدي الى الحرام فهو حرام ايضا (وخل الخمر حلال) لزوال اشتدادها الذي هو علة الحرمة (ولو) وصلية (خللت بعلاج) بالقاء ملح اوخل عندنا لقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعي يكره تخليلها ولايحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قول واحد لاحتمال بقاء اجزاء الخمر

وان صب فيها الماء حتى ذهبت منها الخل الحامض فيقولان ثم اذا صارت
خلا يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر فقيل
يطهر تبعا وقيل لا يطهر ولو صب فيه الخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة
(ولا بأس بالانتباذ) اى اتخاذ النبيذ (في الدباء) وهو القرع (والحنتم) بفتح
الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة وهو الجرة الخضراء وقيل هو
الجرة الحمراء يحمل فيها الخمر ويؤتى بها من نواحي الحجاز (والمزفت) هو الوعاء
المطلي بالزفت (والنقير) هو الخشب المنقور لان هذه الظروف كانت مختصة
بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال هذه الظروف تشديدا في تحريم الخمر
ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها لاستقرار الامر بالتمام وان استعمل
فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان جديدا
لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل
ثلاثا ويجفف في كل مرة وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى
اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته وفي الخانية انه حكي عن الفقيه
ابي جعفر ان الخمر اذا صارت خلا يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى ذلك التكلف
وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهو اختيار صدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار
الخل يرتفع الى اعلاه فيطهر كله (ويكره شرب دردي الخمر) وهو ما يبقى في
اسفله (والامتشاط به) اى بدردي الخمر وانما خص الامتشاط بالذكر مع
ان الانتفاع به حرام لان له تأثيرا في تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه
اجزاء الخمر وهذا هو المفهوم من الهداية وغيرها ولذا قال في مختصر الوقاية
وحرم شرب دردي الخمر (ولا يحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد للزجر
عن الميل والطبع لا يميل الى الدردي فقليله لا يدعو الى كثيره خلافا للشافعي
فانه قال يحد لانه شرب جزأ من الخمر (ولا يجوز الانتفاع بالخمر) لان الانتفاع
بالنجس حرام كما حققناه في الكراهية (ولا) يجوز (ان يداوي بها) اى بالخمر
(جرح) بضم الجيم (ولا) يجوز ان يداوي بها (دبرة) لانه نوع
انتفاع والدبرة بالتحريك قرحة دابة (ولا يسقى آدميا ولو) وصلية (صبيا
للتداوي) كما بيناه في الكراهية (ولا تسقى الدواب) مطلقا (وقيل) ان اريد سقي
الدواب (لا تحمل الخمر اليها) اى الى الدابة (فان قيدت) اى الدابة (الى الخمر
فلا بأس به) اى بالقود لانه لا يكون حاملها (كما في الكلب والميتة) فانه ان قادها
اليها فلا بأس به وان حملها اليه لا يجوز (ولا بأس بالقاء الدردي في الخل)
لانه يصير خلا (لكن يحمل الخل اليه) اى الى الدردي (دون عكسه) اى
لا يحمل الدردي اليه لانه النجس لا يحمل

(كتاب الصيد)

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كان منها ما هو حلال وحرام كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق منة الله تعالى بقوله وخلق لكم ما في الارض جميعا وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون اظهارا للجلادة وقد يكون للتفرج (هو) اى الصيد مصدر بمعنى الاصطياد ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوائمه او بجناحيه لان المصدر يطلق على المفعول كضرب الامير وهو (جائز بالجوارح المعلمة) من الكلب والفهد والبازى والشاهين والباشق والعقاب والصقر ونحوها وقيده صاحب التنوير بشرط قابلية التعليم و بشرط كون الحيوان الذى يصاد به ليس بنجس العين فلا يجوز الصيد بدب واسد لعدم قابلية التعليم ولا يجوز بالخنزير لنجاسة عينه فلا حاجة الى الاستثناء فعلى هذا ينبغى ان لا يجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان يقال ان النص ورد فى حل الاصطياد به بخصوصه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله اى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب والمكلبين المسلطين وقيل ان يكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة و يمكن حمل الآية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن والمعلم من الكلاب مؤدبها ثم عم فى كل ما ادب جارحة بهيئة كانت اوطيرا كما فى التبيين (والمحدد من سهم وغيره) لقوله عليه السلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل (لما يؤكل لا كله) اى يجوز اصطياد ما يؤكل لحمه بما ذكر لاكله (و) يجوز اصطياد (ما لا يؤكل لحمه لجلده وشعره) لاطلاق قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم ❊ صيد الملوك ارانب وثعالب ❊ واذا ركبت فصيدى الابطال ❊ ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما فى الهداية (ولا بد فيه) اى فى الصيد (من الجرح) اى موضع منه فات بعد جرحه يؤكل فى ظاهر الرواية لان الذبح الاختيارى يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطرارى وعن ابى يوسف وهو رواية الحسن عن الامام والشافعى فى قول انه لا يشترط الجرح لان الجوارح

في الآية معنى التأديب لقوله تعالى وتعلمونهن مما علمكم الله ودم
بأن ... وللحل حقيقة كما مر قوله (و) لا بد فيه من (كون المرسل) أي
مرسل الجوارح (أو الرامي مسلما أو كتابيا) وهو يعقل التسمية ويضبط على شرط
ما ذكرنا في الذبائح وبه يصير أهلا للذكاة (وأن لا يترك التسمية عمدا عند الإرسال
أو الرمي) لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله تعالى فكل شرط التسمية لحل الأكل وعند الشافعي لا تشترط في رواية
قيد بالعمد لأنه لو تركه ناسيا حل أيضا كما مر في الذبائح (وكون الصيد ممتنعا)
من الآدمي قادرا على الامتناع بالقوائم أو الجناحين متوحشا قال ابن الشيخ
في شرح الوقاية فالحيوان كالظبي والأرنب إذا وقع في الشبكة أو سقط في البئر
أو كان مسيبا مجروحا هو متوحش غير ممتنع وإذا استأنس بالآدمي هو ممتنع غير
متوحش فلا يجري الحكم المذكور من الذبح الاضطراري وإن كان ممتنعا ولم يكن
متوحشا في الأصل كالبقر لا يكون صيدا وإن كان متوحشا كالذئب والثعلب
لا يكون من الذبائح لأنه لا يؤكل بل يكون صيدا ينتفع بجلده (و) لا بد (أن لا يقعد)
المرسل أو الرامي (عن طلبه بعد التواري عن بصره) إلا أن يقعد لحاجة
إنسانية كقضاء حاجة وأكل عن جوع وشرب عن عطش وصلاة عن فرض
وجلوس عن عي فإن قعد عن طلبه بلا ضرورة فوجده ميتا يحرم أكله لقوله عليه
السلام لعل هوام الأرض قتلته كما سيأتي تفصيله (و) لا بد (أن لا يشارك
المعلم غير المعلم) بفتح اللام فيهما فلو أرسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم في جرح
صيد لم يؤكل لأنه اجتمع فيه المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فيرجح المحرم
احتياطا ولو شاركه في أخذه دون الجرح كره كراهة التحريم على الصحيح
(أو) أن لا يشاركه المعلم (مرسل) اسم مفعول مضافا إلى (من لا يحل إرساله)
ككلب المرتد أو الوثني أو المجوسي أو كلب لم يرسل للصيد أو أرسل وترك التسمية
عمدا ابتداء (وأن لا تطول وقفته) أي وقفة المعلم (بعد الإرسال) حتى
لا ينقطع إرساله بالتسمية (لغير الكمين للصيد) فلو وقف الفهد وكمن للاحتيال
في الأخذ فلا يحرم لأن ذلك عادته وكذا بعض الكلاب فلا ينقطع به فور الإرسال
كما سيأتي (ويجوز بكل جارح علم) من السباع والطير (من ذي ناب أو مخلب)
أخذ الصيد بطريق الشرع وفيه إشعار بأن ما لا ناب له ولا مخلب لم يحل صيده
لا ذبح لأنه لم يجرح كما في القهستاني (وعلم المعلم يعرف بالرأي أو بالرجوع إلى
أهل الخبرة) عند الإمام فإن عنده لا توقيت فيه لأن المقادير لا تعرف اجتهادا
بل سماعا ولا سماع فيفوض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها وإخبار
أهل الخبرة ولأن ذلك يختلف باختلاف طباعها (وعندهما) وهو رواية

عند الامام (يثبت) التعلم (في ذي الناب بترك الاكل ثلاثا) لان تركه مرة يحتمل على الشبع ومرتين على الترك بالشبك واذا تركه ثلاثا لا يحتمل على ترك لا ذهاب والاستلاب يقينا لان الثلاث مدة ضربت الاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار (و) يثبت التعلم (في ذي مخلب بالاجابة اذا دعي بعد الارسال) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدنه لا يحتمل الضرب للتعليم كما يحتمل الكلب ونحوه فاكتفي بغيره مما يدل على التعلم فان في طبعه نفورا فيعرف زواله برجوعه بالدعاء سواء كان الرجوع بطمع اللحم اولا وقيل لو كان يرجع بلا طمع فهو معلم والا فلا واما الفهد مما يحتمل الضرب فتعلمه بترك الاكل والاجابة جميعا لان في طبعه الافتراس مع النفور (فلو اكل منه) اي من الصيد (البازي اكل) اي يحل اكل الباقي من هذا الصيد لان تعلمه بالاجابة لا بترك اكله بالاجماع الا عند الشافعي في الجديد لا يؤكل (لا) اي لا يؤكل (ان اكل منه الكلب او الفهد) عندنا مطلقا سواء كان نادرا او معتادا وللشافعي قولان فيما اذا اكل نادرا ففي قول يحرم وفي قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ما ظهرت عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذي ظهرت به عادته فيه وجهان والاصح ما قلنا لقوله عليه السلام اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل مما امسكن عليك الا ان يأكل الكلب فلا تأكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه كما في التبيين وغيره (فان اكل) ذو الناب من الصيد (او ترك) ذو المخلب (الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده) اي بعد ترك الاكل ثلاث مرات على التوالي او بعد ترك الاجابة (حتى يتعلم) على الخلاف الذي بيناه آنفا (وكذا ما صاد قبله) اي حرم ما صاده قبل اكله وقبل ترك الاجابة لانه علامة الجهل في الابتداء فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطاء (وبقي في ملكه بان كان محرزا في بيته عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما لا يحرم الا الذي اكل منه لان تعلمه علم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد آخر وان لم يبق في ملكه بان يأكله او يتلفه لا تظهر الحرمة لانعدام المحلية وانما قلنا محرزا في بيته لان ما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت فيه الحرمة اتفاقا (وان شرب الكلب من دمه) اي دم الصيد ولم يأكل من لحمه (اونهسه) اي الكلب (فقطع منه) اي من الصيد (بضعة) اي قطعة من اللحم (فرماها) اي رمى الصائد تلك البضعة (واتبعه) اي اتبع الكلب الصيد بعد النهس والقطع والرمي فاخذه وقتله ولم يأكل منه (اكل) وذلك لانه بالشرب بدون الاكل امسك على صاحبه وسلمه اليه وكذا اذا قطع منه بضعة ولم يأكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب

مالا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له وكذا اذا لم يأكل واخذ ماء ماء بدل اعطاه بان غير ماء ماء مطلوب صاحبه وفي كل منهما علم الصيد صاحبه ونا كاف في تحقق علمه (وان) وصلية (اكل) الكلب (ثالث البضعة بعد صيده) لان هذا ليس باكل من الصيد اذا لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبض صاحبه (وكذا) يؤكل (او اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد) لانه لم يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره (او اكل هو) اى الكلب (بنفسه منه) اى من الصيد بان خطف شيئا منه (بعد احراز صاحبه) لانه خرج عن كونه صيدا في هذه الحالة (بخلاف ما لو اكل البضعة قبل اخذه الصيد) اى نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لما مر انه اكل في حالة الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه (وان خنقه) اى خنق الكلب الصيد (ولم يجرحه لا يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة كما في الهداية وفي الغاية الفتوى على ظاهر الرواية (وكذا ان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسى او كلب ترك مرسله التسمية عمدا) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها نقافلا فائدة في ذكرها ثانيا الا ان يقال توطئة الى قوله (وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) والمراد بالزجر التهييج اى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد في العدو كما في التبيين (حل) اكل الصيد (وبالعكس) يعنى ان ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر (حرم) اكله الحاصل انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال لان الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلا ينسخ به الارسال لان الشئ لا يرتفع الا بمثله او بما فوقه كما في نسخ الآى فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى ولا ارساله بزجر المسلم فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه وفي الهداية وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله) اى الكلب (احد فزجره مسلم او غيره فالعبرة للزاجر) اى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا والقياس ان لا يحل لان الارسال ذكوة اضطرارية ولهذا يشترط فيه التسمية فان لم يوجد لعدم الذكوة حقيقة وحكما وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته (وان ارسله) اى الكلب (ولم يسم) وقت الارسال (عمدا ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال) يعنى لا يؤكل ولا عبرة بالتسمية وقت الزجر (وان ارسله على صيد فاخذ) الكلب (غيره) اى غير الصيد (حل ما دام

على سنن ارساله) وقال مالك لايحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشى ولنا ان الارسال شرط غير مقيد لان الحق حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لايمكنه تعليمه على وجه يأخذ ماعينه فسقط اعتباره مادام لم يعدل عن سننه ولو عدل عن الصيد يمنة ويسرة وتشاغل فى غير طلب الصيد وترك سننه واتبع الصيد فاخذه لم يؤكل لانه غير مرسل اليه (وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت) الصيود كلها لان الحق به حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل آخر فلابد من تسمية اخرى (وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن ثم اخذ حل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلايقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك) اى الكمون فيكون ح بمنزلة الفهد (ولو ارسله) اى الكلب (على صيد فقتله ثم اخذ اخر) فقتله (اكلا) جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع (كما ورمى صيد ا فاصاب اثنين) اى اصابه وغيره اكلا ولو قتل الاول فمكث عليه طولا من النهار ثم مر به صيد اخر لايؤكل الثانى لانقطاع الارسال اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ماتقدم (واذا رمى سهمه وسمى اكل مااصاب ان جرحه) اى السهم لانه ذبح حكمى ولا حل بدون الذبح لماروى عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله عليه السلام اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلاتأكل (وان تركها) اى التسمية (عمدا حرم) اكله لاشتراط التسمية فى كل ذبح حقيقة او حكما بالنص (وان وقع السهم به) اى بصيد (فتحامل) اى تكلف فى المشى حاملا للسهم (وغاب) الصيد (ولم يقعد) الرامى (عن طلبه) اى الصيد (ثم وجده) اى الصيد (ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم) لقوله عليه السلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك وغاب ثلثة ايام فادركته فكل مالم ينتن رواه مسلم واما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايحل لانه يظهر ح لموته سببان احدهما موجب لحله والاخر موجب لحرمته فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم فى مثل هذا كالمحقق بدليل قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته خلافا للشافعى (ولايحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا) لان الاحتراز عن مثله ممكن فلاضرورة اليه فيحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لايمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وفى التبيين وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد ان لايتوارى عن بصره ثم قال وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنك اذا

لم يبت لم يحل فاذا بات انه لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر الكتب وفيه اصحابنا ولو حمل ما ذكره على ما قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يناقض لكنه خلاف الظاهر انتهى لكن يمكن ان يقال ان كلام صاحب الهداية مبنى على ان مدار الحل وعدمه عدم التوارى وذكر الطلب ... لان مجرد التوارى لا يضر بل لا بد مع هذا من ان يقعد عن طلبه حتى يتحقق كمال التوارى فانه اذا غاب المرمى ولم يقعد الرامى عن طلبه فوجده ميتا لا يعد هذا تواريا وقد اومى اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطنا اعتباره اى اعتبار الموهوم مادام فى طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه وفى النهاية اى عن التغيب عن بصره فى الغياض والمشاجر والبرارى والطير بعد ما اصابه السهم يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان فى طلبه لان الطالب كالواجد ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه ولانه لو قعد يكون التوارى بسبب عمله ويمكن الاحتراز عن ذلك التوارى بان يتبع اثره ولا اشتغل بعمل آخر (والحكم فيما جرحه الكلب) الارسال (كالحكم فيما جرحه السهم) فى جميع ما ذكر (وان رماه) اى الصيد (فوقع فى ماء فمات فيه) اى فى الماء (او) وقع (على سطح او على جبل او شجر او حائط او آجر ثم تردى منه) الى الارض (فمات حرم) اكله لانه مترديه وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك قيل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا فوقوعه فى الماء حل الا بصر لان الحيوة الباقية فيه كالحيوة فى المذبوح بعد الذبح فيؤكل وكذا السقوط من علو لاحتمال ان يكون من السقوط لا من الجرح هذا اذا لم يكن الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا بان بقى فيه من الحيوة بقدر ما فى المذبوح ثم تردى يحل كما فى النهاية (وكذا) يحرم (لو وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او حرف) اى طرف (آجرة فجرح بها) لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله بحده او بترديه وهو ممكن الاحتراز عنه (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل فى الشرع كما فى التبيين (وكذا لو وقع على صخرة او آجرة واستقر عليهما) وكذا لو وقع على جبل او ظهر بيت ولم يترد منه (ولم ينجرح حل) لان وقوعه على هذه الاشياء وعلى الارض سواء وفى

الهداية وذكر في المنتقى اووقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى من قوله فاستقر عليها في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله اى رواية المنتقى شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الاما يصيبه من الارض لووقع عليه وذلك عفو كما لو وقع على الارض وانشق بطنه وهذا اى ما قاله شمس الائمة اصح انتهى (وان وقع في الماء فمات حرم) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة في ذكرها ثانيا الا ان يقال ذكرها تمهيدا لقوله (وان كان الطير مائيا فوقع فيه) اى في الماء (فان انغمس جرحه) بضم الجيم (فيه) اى في الماء (حرم) لاحتمال الموت بالماء وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير مهلكة يحل اما اذا كانت مهلكة عند الشافعي ومالك (والا) اى وان لم ينغمس جرحه في الماء (حل) لتيقن الموت بالرمى (ويحرم ما قتله المعراض) وهو اسم لسهم لاريش له يمر على عرضه فيصيب (بعرضه) لقوله عليه السلام فيه ما اصابه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل ولانه لابد له من الجرح ليتحقق معنى الذكوة كما في الهداية (او البندقة) معطوف على المعراض اى يحرم ما قتلته البندقة وهى طينة مدورة يرمى بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق (ولم يجرحه) قيد لهما (وان اصابه) اى اصاب الرامى الصيد (بحجر) اى بان رماه بحجر (وجرحه بحده) بكسر الحاء بمعنى الحدة كما في شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفه (فان كان) الحجر (ثقيلا لا يؤكل) لاحتمال انه قتله بثقله (وان كان خفيفا اكل) لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا وجعله اى الحجر طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا كما في الهداية (وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا) سواء كان ثقيلا او خفيفا لاشتراط الجرح (ولو رماه بسيف او بسكين فاصاب ظهره) اى ظهر السيف او السكين (او مقبضه) اى مقبض السيف (فقتله لا يؤكل) لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او الثقل كان حراما (احتياطا وشرط في الجرح الادماء) لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار (وقيل لا يشترط) الادماء لاتيان ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه او اضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس في وسعه (وقيل ان) كان الجرح (كبيرا لا يشترط) الادماء (وان) كان

(مذبوحا بشرطه) لان الكلام فيما لا يخرج منه الدم لعدمه واما اذا كان الجرح
ظاهرا فيكون التقصير منه (وان اصاب السهم ظلفه) اى ظلف الصيد
بكسر الظاء حافره (او قرنه فان ادماه حل) اكله (والا لا) يحل وهذا
يؤيد قول من يشترط خروج الدم ولو ذبح شاة او غيرها فتحركت بعد الذبح
وخرج منها دم مسفوح تؤكل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم لا تؤكل
وان لم تتحرك وخرج الدم المسفوح او تحرك ولم يخرج منها الدم اكلت وان لم
يعلم حياتها عند الذبح تؤكل وان لم يخرج الدم ولم تتحرك (وان رمى صيدا فقطع
عضوا منه اكل) الصيد (دون العضو) اى يؤكل صيد قطع عضو منه
بالرمى كاليد او الرجل لانه ذابح له ولا يؤكل عضوه المقطوع لقوله عليه السلام
ما ابين من الحى فهو ميت قد ذكر عليه السلام الحى مطلقا فينصرف الى الحى
الحقيقى وعند الشافعى يؤكلان اذا مات الصيد فى الحال والا يؤكل المبان
منه لا المبان (وان قطعه) اى العضو (ولم يبنه فان احتمل الالتئام) حال
(اكل العضو ايضا) اى كما يؤكل الصيد لانه بمنزلة سائر اجزائه (والا) اى
وان لم يحتمل ولم يتوهم الالتئام بعلاج لان بقى منه معلقا بجلده (فلا) يؤكل
المبان لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى (وان قده) اى شق الصيد طولا
وكذا عرضا كما فى القهستانى (نصفين او) قطعه (اثلاثا والاكثر مع
جانب العجز اكل الكل) اى يؤكل المبان والمبان منه جميعا اذ لا يمكن بقاء
الحيوة بعد هذا الجرح فلا يتناول الحديث بخلاف ما اذا كان الثلثان فى طرف
الرأس والثلث فى طرف العجز اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة
فى الثلثين فوق حيوة المذبوح بخلاف ما اذا قطع اقل من نصف الرأس اذ يؤكل
المبان منه لا المبان لامكان الحيوة المذكورة (وكذا) اكل الكل (او قطع
نصف رأسه او اكثر) للعلة المذكورة (واذا ادرك الصيد حيا فيه حيوة فوق
حيوة المذبوح فلا بد من ذكوته) لانه قدر على الاصل وهو ذكوة حقيقية قبل
حصول المقصود بالبدل وهو ذكوة الاضطرار اذ المقصود هو الاباحة بالذكوة
الاضطرارية ولم يثبت قبل موت الصيد فبطل حكم البدل (فان تركها) اى الذكوة
(متمكنا) اى قادرا (منها) اى من الذكوة (حرم) لما بيناه آنفا (وكذا) يحرم (ان
تركها (عاجزا غير متمكن منها) اما لفقد الآلة او لضيق الوقت ومعه آلة الذبح وفيه من
الحيوة فوق ما يكون فى المذبوح (فى ظاهر الرواية) لان ذكوة الاضطرار اعتبر
اضطرارا لم يقع فى يده حيا وهذا وقع فى يده حيا فسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه
وعن الشيخين وهو قول الشافعى انه يحل اذا كان فيه من الحيوة اكثر مما
فى المذبوح بعد الذبح (وان لم يبق من حيوته الا مثل حيوة المذبوح) وهو ما لا

توهم نفوذ بعد عدما كما فى اصله واخرج ماثيد (لم يدركه حتى فحل)
ولا تلزم تذكيته لان مابقى اضطراب المذبوح وفيه اشارة الى انه لومات قبل
وصول الذابح اومع وصوله او بعد وصوله بلا فعل اكل و به نأخذ
كما فى القهستانى نقلا عن النظم (وقيل عند الامام لابد من تذكيته
ايضا) اى كما يكون فيه حيوة فوق مايكون فى المذبوح لانه وقع فى يده حيا فلا
يحل الا بالذكوة الاختيارى (فان ذكاه حل) جماعا (وكذا ان ذكى المتردية)
اى التى سقطت من العلو (والنطيحة) اى التى ماتت من النطح وهو ضرب
الكبش بالقرن له (والموقوذة) اى التى قتلت بالخشب (والتى بقر) اى شق
(الذئب بطنها وفيه) اى فى كل واحد من هذه الاربعة (حيوة خفية)
اى دون حيوة المذبوح (اوجلية) اى فوق حيوة المذبوح وقيل الخفية
بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحيوة والجلية بان يتحرك (حل) اى يحل اكل هذه
الاربعة اذاذكيت (وعليه الفتوى) لقوله تعالى وما كل السبع الاماذكيتم
استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا لان المقصود تسييل الدم
النجس بفعل الذكوة وقد حصل (وعند ابى يوسف ان كان) احد هذه
الاربعة بحيث (لايعيش مثله لا يحل) بالتذكية لانه لم يكن موته بالذبح اى مضافا
الى الذبح وبه قالت الائمة الثلاثة (وعند محمد ان كان يعيش فوق مايعيش
المذبوح حل والا) اى وان لم يكن يعيش فوق مايعيش المذبوح بل كان يعيش
مقدار مايعيش المذبوح (فلا) يحل بالتذكية لان قدر حيوة المذبوح غير
معتبر (ومن رمى صيدا فاثخنه) اى جعله ضعيفا (واخرجه عن حيز الامتناع)
اى صيره الى حال لاينجو من يد الصائد ولكن ترجى حيوته (ثم رماه آخر فقتله
حرم) اكله لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة
الاختيار (وضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الصيد (مجروحا الاول) يعنى
الاول ملك الصيد باثخانه والثانى برميه اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة
وفى التبيين تفصيل فليطالع قيدنا بقولنا ترجى حيوته لانه اولم ترج حيوته بان
قطع بالرمى الاول رأسه اوبقر بطنه اونحوهما يحل اكله لان الموت مضاف
الى الاول لاالثانى كما فى شرح المجمع (وان لم يثخنه الاول) ورماه الثانى
فقتله (حل) اكله لانه حين رمى الثانى كان صيدا لقدرته على الامتناع (وهو)
اى الصيد (للثانى) لانه هو الذى اخذه واخرجه عن حيز الامتناع وقد قال
عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ وفى التبيين ولو رمياه معا فاصابه احدهما
قبل الآخر واثخنه ثم اصابه الآخر اورماه احدهما اولا ثم رماه الثانى قبل
ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه

ثم اصابه الثاني فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر لا يحل اكله ولو رماه فمضى واصابهما فات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بالجناية ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان وتمامه فيه ان شئت فليراجع (ومن ارسل كلبا على صيد فادركه فضربه فصرعه) اى طرحه على الارض (ثم ضربه فقتله اكل وكذا) يؤكل او ارسل كلبين فصرعه احدهما وقتله آخر) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسال احدهما بعد ما اثخنه الاول (ولو ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الآخر حل) اكله اذا كان ارسال الثاني قبل ان يثخنه الاول لما بينا (وهو) اى الصيد (للاول) ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيدية فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعد ما اثخنه الاول لان ارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه ومن هذا قال (ولو ارسل الثاني بعد صرع الاول حرم) لما بينا ان الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته ذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثاني للاول (كما في الرمي) لتلف الصيد المملوك للاول بارسال الثاني (ومن سمع حسا) اى صوتا خفيفا (فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا هو صيد فقتله اكل) لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا كما في الهداية وذكر في المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان اودابة فرماه فاذا ذلك المرمى صيدا واصاب صيدا آخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون مرميه صيدا سواء كان مما يؤكل اولا وهذا اوجه لان الرمي الى الآدمي ونحوه قصده لا يعد صيدا فلا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا وقد قال في الهداية وان تبين انه حس آدمي لا يحل المصاب وحل قولاه المختلفان على الروايتين عن ابي يوسف وتمامه في التبيين فليطالع

(كتاب الرهن)

وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد ان كل واحد منهما سبب لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روى انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة كما في الهداية (هو) اى الرهن لغة

الحبس مطلقا قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اى محبوسة بجزاء عملها ويقال قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشئ محبوسا اى شئ كان باى سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالصدر و ح يجمع على رهان ورهون و رهن وشرعا (حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه) اى استيفاء الحق (منه) اى من ذلك الشئ (كالدين) اى مثل ما وجب فى الذمة حتى اذا ارتهن بما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود والمراد بالشئ هنا المال ولذا قال البعض هو حبس المال بحق كما قيل هو حبس العين بالدين فصار ذلك خروجا من العموم الى الخصوص ويراد بالحق هنا ما يعم الدين الواجب حقيقة وهو الظاهر كالديون فى الذمة او حكما كالاعيان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فى هذه الاعيان المثل والقيمة ومآلهما الى الدين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته هذا عند الجمهور و يدل على هذا عبارة الضمان فرد العين وجودها خلاص عن الدين بخلاف العين الغير المضمونة كالودايع والعوارى و بخلاف المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البايع وفى الاصلاح وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق لا حبس الشئ بحق لان الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا انتهى وفيه كلام لانه لا يرد ذلك لان اللازم فى الرهن الشرعى كونه مقبولا ومحبوسا عند المرتهن او العدل اذ مجرد جعل الراهن الشئ محبوسا لا يفيد بدون مطاوعة المرتهن لانه آخذ الحق منه تدبر (وينعقد) الرهن (بايجاب) من الراهن بان قال رهنتك هذا المال بدين لك على (وقبول) من المرتهن كما فى سائر العقود حال كون ذلك العقد غير لازم لزوما شرعيا (ويتم بالقبض) اختلف العلماء فى القبول قال بعضهم انه شرط والظاهر ما ذكر فى المحيط يشير الى انه ركن وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم وفى الذخيرة قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم و به قال اكثر العلماء والاول اصح كما فى الهداية وفى الكنز ولزم بايجاب وقبول و يتم بقبضه انتهى وهو مذهب مالك وفى التبيين وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما فيلزم به انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو الانعقاد يدل عليه قوله و يتم بقبضه فانه لو اراد ما هو الظاهر منه لما قال انه يتم به اذ اللازم لا يحتاج فى تمامه الى شئ آخر تدبر (محوزا) اى يتم بالقبض حال كونه مجموعا احترازا عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع فى الارض لان المرتهن

(لم يجزم) اي لم يجمعه ولم يضم بعضه ببعض حال كونه (مفرغا) عن املاك الراهن وهو احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن حال كونه (مميزا) عن اتصل له بغيره اتصال خلقة وهو احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار وفي الدرر وهذه المعاني هي المانعة لتحقق الاداء فلا ما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع والثاني عن المشغول والثالث عن رهن ثمر على الشجر دون الشجر كما لا يخفى على اهل التدبر (والتخلية) هي ان يخلي بين الراهن والمرتهن (فيه) اي في الرهن (وفي البيع قبض) اي في حكم قبض المرتهن وبه قال الشافعي ومالك حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كان التخلية في المبيع قبض كذلك هذا في ظاهر الرواية لان الراهن يقدر على التخلية دون القبض الحقيقي لكونه فعل الغير ولا يكلف به ولذا قيل التخلية تسليم الا ان ذكر القبض هنا للمنع وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا عليه فصار مخصوصا به كما في الهبة والصدقة وعن ابي يوسف انه قبض لا يثبت بها في المنقول الا بالنقل كما في الغصب لان القبض هو موجب للضمان قيل القياس على البيع المشروع اولى من القياس على الغصب الممنوع وفي المنح فان قلت ينبغي ان لا تكون التخلية في قبض الرهن اذ القبض منصوص عليه في الرهن بخلاف البيع وقد استدل المشايخ على شرطية القبض في الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة فانه امر بالرهن لان المصدر متى قرن بالفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما وقع في كثير من القرآن والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات قلت اجيب عنه بان المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضي في البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فلو صح ما قال المعترض لما صح بيع المكره ولم يقل احد كذلك انتهى لكن لا يتم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ما قال المعترض هو ثبوت صحة البيع بالرضاء في الجملة على ان التخلية في الرهن قبض في الجملة كما في البيع والهبة تدبر (وللراهن ان يرجع عنه) اي عن الرهن (قبل القبض) لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض (فاذا قبض لزم الرهن) لما قررناه انهما ولا رجوع بعده (وهو) اي الرهن (مضمون بالاقل من قيمته) اي الرهن (ومن الدين) اذ هذا ولا لأقل اسم تفضيل استعمل بلا لام وكلمة من ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذي هو من هذين المذكورين ايهما كان وقال الشافعي هو كله امانة في يد المرتهن فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه

لقوله عليه السلام لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه اى للراهن زوائده وعليه غرمه اى اوهلك كان الهلاك على الراهن قال معناه لايصير مضمونا بالدين وانما قوله عليه السلام للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بمافيه معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لايغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا كذا ذكره الكرخى عن السلف وعن النخعى فى رجل دفع الى رجل رهنا واخذ درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لايغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وتمام تحقيقه فى شرح الهداية وغيرها تتبع (فلوهلك) كل الرهن فى يد المرتهن (وهما) اى الرهن والدين (سواء) اى متساويان فى المقدار (صار المرتهن مستوفيا لدينه) حكما فلا يطلب المرتهن من الراهن ولا الراهن من المرتهن شيئ (وان كانت قيمته) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالزائد امانة) فى يد المرتهن لما روى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال المرتهن امين فى الفضل ولان المضمون بقدر مايقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلايدخل الفضل فى ضمانه خلافا لزفر اذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لابالاقل منهما فيدخل الفضل فى ضمانه بالهلاك لان الفضل عن الدين مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا (وان كان الدين اكثر) من قيمة الرهن (سقط منه) اى من الدين (قدر القيمة) اى قيمة الرهن (وطولب الراهن بالباقى) من الدين مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولا يبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة فى يده فلايضمنها الا بالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم (وتعتبر قيمته) اى قيمة الرهن (يوم قبضه) وفى المنح نقلا عن الخلاصة وحكم الرهن انه لوهلك فى يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين فان كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الى آخر ماقاله وفى التبيين ان ضمان الرهن على المرتهن يخالف ضمان الاجنبى فانه تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف مالوا تلفه اجنبى فان المرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده والواجب هنا فى المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه ثم بحث وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة

وسقط من الدين بحسابه ثلاث ما نقص كما لو كان ثلثه وسقط الدين بقدره
وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض كما في جامع الفصولين اذا تقرر
هذا ظهر لك ان ما ذكره صاحب الدرر من قوله المعتبر قيمة الرهن يوم
الهلاك لقولهم يد امانة الى آخره قوله مخالف لصريح المنقول انتهى
وفي الدرر المرهون مضمون بقيمة يوم الرهن اذا لم يبين المقدار اي مقدار ما يريد اخذه
برهن ولم يبين ما يشترونه من الدين في الاصح (ويهلك) الرهن (على ملك
راهنه وكفنه) اي كفن العبد الرهن او الامة المرهونة (عليه) اي على
الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة في يد المرتهن حتى اذا اشتراه لا ينوب قبض
الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان واذا كان
ملكه فمات كان عليه كفنه (وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه) لان هلاك
الرهن لا يسقط طلب الدين (ويحبسه) اي يحبس المرتهن الراهن بدينه
(وان) وصلية (كان الرهن عنده) لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم
واذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه دفعا للظلم وهو المماطلة (وله) اي للمرتهن
(ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده) اي عقد الرهن (حتى يقبض دينه الا
وقت (ان يبرئه) اي المرتهن عن الدين لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ
بل برده على الراهن بطريق الفسخ فيبقى ما بقي القبض والدين (وليس عليه)
اي على المرتهن (ان كان الرهن في يده) اي المرتهن (ان يمكن الراهن من بيعه)
اي من بيع الرهن (للايفاء) يعني لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضي الدين بثمنه
لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى
ان يقضي الدين فكيف يصح القضاء بثمنه (وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن)
باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا باذن المالك لان حق المرتهن الحبس الى ان يستوفي
دينه دون الانتفاع (ولا اجارته ولا اعارته) اي ليس للمرتهن الانتفاع باجارة
او اعارة اذا لم يكن له الانتفاع بنفسه فلا يكون له ان يسلط غيره عليه الا باذن الراهن
وفي المنح وعن عبد الله بن محمد بن مسلم السمرقندي وكان من كبار علماء سمرقند
انه لا يحل له ان ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه وان اذن الراهن
لانه اذن له في الربا لانه يستوفي دينه كاملا فتبقى له المنفعة التي استوفى فضلا
فيكون ربوا وهذا امر عظيم كذا رأيت منقولا بهذا الخط وعزاه الى المنافع
لعبد الائمة السرخسي قلت وهو مخالف لكلام عامة المعتبرات ففي الخانية
رجل رهن شاة واباح للمرتهن ان يشرب لبنها كان للمرتهن ان يشرب ويأكل
ولا يكون ضامنا وفي فوائد الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها
لم يضمن ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن الراهن وان اذن في السكنى

فلا رجوع بالاجرة انتهى فليحمل ما تقدم على الديانة وما في سائر المعتبرات على الحكم (ويصير بذلك) اى يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن (متعديا) اذ هو غير مأمور به من جهة المالك (ولا يبطل به) اى بالتعدي (الرهن) لبقاء العقد قبل استيفاء الدين (واذا طلب) المرتهن دينه (امر باحضار الرهن) اولا ان لم يكن للرهن مؤنة حمل بقرينة الآتي ليعلم انه باق ولان قبضه قبض استيفاء فلا وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان هلاكه يحتمل فاذا هلك في يد المرتهن تكرر الاستيفاء (فاذا احضره) اى المرتهن الرهن (امر الراهن بتسليم كل دينه) اولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما يتعين حق الراهن في الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما ثم امر المرتهن بتسليم الرهن كما امر البائع بتسليم المبيع بعد تسليم المشتري الثمن (وكذا) اى وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما تقدم لو طالبه المرتهن (في غير بلد العقد) اى عقد الرهن (ولم يكن للرهن حمل ومؤنة) فان الاماكن في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة (فان كان له) اى للرهن (حمل ومؤنة فله) اى للمرتهن (ان يستوفي دينه بلا تكليف (احضار الرهن) لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان وللراهن ان يحلف المرتهن بالله ما هلك (وكذا) اى للمرتهن ان يستوفي دينه من الراهن (ان كان الرهن وضع عند عدل) بامر الراهن (ولا يكلف باحضاره) لكونه في يد الغير بامر الراهن (ولا) يكلف ايضا المرتهن (باحضار ثمن رهن باعه) اى الرهن المرتهن بامر الراهن (حتى يقبضه) اى الثمن من المشتري لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف باحضاره لقيام البدل (ولا) يكلف ايضا (ان قضى بعض حقه بتسليم حصته حتى يقبض الباقي) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) واجيره مشاهرة او مسانهة لان العبرة بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن الى الزوج لا يضمن ان هلك مع ان الزوج ليس في نفقتها (فان حفظه) اى المرتهن الرهن (بغيرهم) اى بغير المذكورين (او اودعه) المرتهن عند آخر (فهلك ضمن) المرتهن (كل قيمته) لان المالك ما اذن له في ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكونه متعديا وهل يضمن المودع الثاني فهو على الخلاف الذي بيناه في مودع المودع ثم ان قضى بقيمة الرهن فيما اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يتقاصا بمجرد القضاء بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن الراهن بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين مؤجلا يضمن قيمة الرهن وتكون

لقيمة رهنا عند المرتهن فاذ حل الاجل اخذه المرتهن بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضاء دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه (وكذا) يضمن جميع قيمته (ان تعدى فيه) اى فى الرهن صريحا كما فى الغصب لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف (او يجعل الخاتم) الرهن (فى خنصره) فهلك يضمن جميع قيمته لانه استعمال فانه ضمه) اى الخاتم والظاهر بالواو لا بالفاء (فى اصبع غيرها) اى غير الخنصر (ولا) يضمن لان ذلك يعد حفظا فظهور التعدى فى الاول دون الثانى مبنى على العادة واورهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وكذا يضمن بتقلد سيف الرهن لانه ايضا استعمال لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (وعليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى الرهن اى مايحتاج فى حفظ نفس الرهن (و) مؤنة (رده) اى رد الرهن (الى يده) اى الى يد المرتهن ان خرج من يده كجعل الآبق ان كانت قيمة الرهن مثل الدين وان كانت اقل منه فالمؤنة عليه ايضا بطريق الاولى ولذا لم يتعرض له (و) كذا مؤنة (رد جزئه) الى يد المرتهن بان يمرض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فمداواته على المرتهن لان الامساك حق له واجب عليه فتكون المؤنة عليه (كاجرة بيت حفظه و) اجرة (حافظه) وفى الهداية هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك اى اجرة البيت بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومن هذا قال (واما جعل الآبق والمداواة) اى مداواة القروح ومعالجة الامراض (والفداء من الجناية فمقسم على المضمون والامانة) يعنى ماكان من حصة المضمون فعلى المرتهن وماكان من حصة الامانة فعلى الراهن اذا تقرر عندك مانقلنا من الهداية لا يخفى عليك ما فى المتن من الاختلال ولو قال وعليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظ وحافظ وان كان فى قيمة الرهن فضل وعليه مؤنة رده الى يده اورد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء

واما اذا كانت اكثر منه اى الدين فنقسم على المضمون والامانة كالفداء من الجناية كما فى اكثر المعتبرات لكان اسلم تدبر (ومؤنة تبقيته) اى جعل الرهن باقيا (و) مؤنة (اصلاحه) اى اصلاح منفعته (على الراهن كالنفقة) من مأكله ومشربه (والكسوة واجرة الراعى واجرة ظئر ولد الرهن) هذه امثلة مؤنة لتبقية (وسقى البستان وتلقيح نخله) اى نخل البستان (وجذاذه) اى التمر من النخل (والقيام بمصالحه) كاصلاح جداره وقلع الحشيش المضر وغيرهما مما عنه هذه امثلة المؤنة لاصلاح منافعه الاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل اولا لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة (وما اداه احدهما) اى الراهن والمرتهن (مما وجب على صاحبه بلا امر) اى بغير امر القاضى (فهو تبرع) فيما اداه كما اذا قضى دين غيره بغير امره (و) ما اداه مما وجب على صاحبه (بامر القاضى يرجع) المؤدى (به) اى بما اداه وقيده صاحب المنح فى متنه بقوله ويجعله دينا على الآخر وقال وحينئذ يرجع عليه وبمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع كما فى التبيين نقلا عن المحيط وفى النهاية نقلا عن الذخيرة فعلى هذا لو قيده المص كما فى التنوير لكان اولى تدبر (وعن الامام انه لا يرجع به ايضا) اى كما لا يرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه (ان كان صاحبه حاضرا) وان كان بامر القاضى لانه يمكنه ان يرجع الآمر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى الحاضر ولا ينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه ولا يملك الحجر عنده وعند ابى يوسف يملك فينفذ امره عليه كما فى التبيين قال صاحب المنح او قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث لا يقبل قوله لان ذلك شان الامانات الغير المضمونة والرهن مضمون على المرتهن وفى التاتارخانية ويصدق المرتهن فى دعوى الهلاك ولا يصدق فى دعوى الرد وفى شرح المجمع اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة خلافا لمالك فى الباطنة وفى البزازية زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن فان برهنا فللراهن ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن المرتهن فى الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع وعوده

للرهن وقال المرتهن هلك حال الانتفاع فقول المرتهن بلا يمين في الراهن في العود الا بحجة رهن عبدا يساوي الفا بالف ووكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لا بل مات عنده لك يحلف الراهن بالله ما يعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده واذا حلف سقط الدين الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته في ذلك اليوم ولا تخرق به فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس حينئذ ولكن قال تخرق قبل اللبس وبعده فالقول للمرتهن ويجوز للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق آمنا وان كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعند محمد ليس له ان يسافر بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل ومؤنة وتمامه في المنح فليراجع

(باب ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا يجوز)

لما ذكر مقدمات الرهن شرع في تفصيل ما يجوز رهنه وما لا يجوز اذا التفصيل بعد الاجمال (لا يصح رهن المشاع وان) وصلية (كان) المشاع (مما لا يحتمل القسمة) بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة (او) كان (من الشريك) هذا عندنا لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وثبوت الاستيفاء في الجزء الشائع لا يثبت لان شرط الصحة هو التمييز ولم يتحقق وقال الشافعي يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب الرهن استحقاق البيع في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم (ولو طرأ) الشيوع بعد الارتهان (فسد) عند الطرفين وقيل انه باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو ما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وصورة الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وهو الصحيح كما في المنح (خلافا لابي يوسف) لانه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة وانما فسد لان هذا الشيوع راجع الى محل الرهن وما رجع الى المحل فالبقاء كالابتداء وقد قالوا باستثناء الهبة من هذا الاصل لانها لا تحتاج الى القبض الا عند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام القبض فعلى هذا اندفع ما قاله ابو المكارم من ان وجهه على ما في الهداية وغيرها ان الكلام في محل الرهن والبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ولا يخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيها مانع ابتداء

لا بقاء فالوجه الاليق بالقواعد هو بيان الفرق بين الرهن والهبة انتهى تدبر
واعلم ان ماقبل البيع قبل الرهن الا في اربعة بيع المشاع جائز لا رهنه بيع المشغول
جائز لا رهنه بيع المتصل بغيره جائز لا رهنه بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده
في غير الدين جائز لا رهنه كما في شرح الاقطع (ولا) يصح (رهن الثمر على الشجر
بدون الشجر ولا) يصح رهن (الزرع في الارض بدونها) اي بدون الارض
لما مر ان القبض شرط في الرهن ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى
المشاع (ولا) يصح رهن (الشجر او الارض المشغولين بالثمر والزرع دون الثمر والزرع)
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس
برهن لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن الامام ان رهن الارض بدون
الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا
رهن الدار بدون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة
بملك الراهن كما في الهداية (ولو رهن الشجر بمواضعها جاز) لانه رهن الارض
بما فيها من الشجر وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ولو كان
فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف
المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما
وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع ويدخل البناء
والغرس في رهن الارض اي لو قال رهنتك هذه الدار او هذه القرية واطلق
القول ولم يخص شيئا دخل البناء والغرس (او) رهن (الدار بما فيها) اي
الدار (جاز) وفي الهداية ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء
الراهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد
الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه
في الوعاء المرهونة ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى
الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما
اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء
دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في رأسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من
توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر (ولا يجوز
رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء
والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر (ولا) يجوز
الرهن (بالامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست

مضمونة (ولا) يجوز الرهن (بالدرك) صورته باع وسلمه الى المشتري فخاف المشتري من الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة به جائزة والفرق انه شرع الاستيفاء ولا استيفاء الا في الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق واما الكفالة فهي التزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلوة (ولا) يجوز الرهن (بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع) فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك ذهب بالثمن ولا يجب على البائع شيء والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسه كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيره كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شيء وقال شيخ الاسلام انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح بالاحكام وفي المبسوط انه جاز الرهن به فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين وبه اخذ بعض الشيوخ والحاصل ان الاعيان ثلاثة عين غير مضمونة اصلا كالامانات وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل مضمونة بغيرها وهو سقوط الثمن فصار هذا القسم كالعين المضمونة بالغير (ولا) يجوز الرهن (بالكفالة بالنفس) اى لا يجوز رهن الكفيل شيئا عند المكفول له لتسليم نفس المكفول به اليه لان استيفاءه من الرهن متعذر وفي الخانية رجل تكفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر في الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز الرهن ولو كفل رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا وكذا لو كان الكفيل قال للطالب في الكفالة ان مات فلان ولم يؤد المال فهو علي ثم اعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز (ولا) يجوز الرهن (بالقصاص في النفس وما دونها) عند ولي القصاص لئلا يمتنع ما وجب عليه لما مر من ان استيفاء القصاص من الرهن غير ممكن بخلاف الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا بالشفعة) اى لا يجوز رهن البائع والمشتري عند الشفيع لتسليم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من الرهن غير ممكن اذ لو هلك المبيع لا يلزمه الضمان (ولا) يجوز (باجرة النائحة والمغنية) لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا فالرهن ايضا باطل لكونه في مقابلة غير جائز اصلا (ولا) يجوز رهن المولى شيئا (بالعبد الجاني او العبد المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد لا يجب على المولى شيء واذا لم يصح الرهن في هذه الصور فللراهن ان يأخذ الرهن من المرتهن حتى لو هلك رهن في يد المرتهن قبل الطلب يهلك بلا شيء اذ لا حكم للباطل فبقي القبض باذن المالك (ولا تجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمي)

لان المسلم لا يملك الايفاء اذا كان راهنا ولا يملك الاستيفاء اذا كان مرتهنا وكذا الحال فى الخنزير (ولا يضمن له) اى للمسلم (مرتهنها) اى مرتهن الخمر (ولو) وصلية (ذميا) اى اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها كما لا يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (ويضمنها هو) اى المسلم لو ارتهنها (من ذمى) اى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فهلك فى يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمى لانها مال متقوم فى حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمى باقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب (ويصح) الرهن (بالدين ولو) وصلية (موعودا) بان رهن شيئا من شخص (ليقرضه كذا) من المال وعند الائمة الثلاثة لا يصح الرهن به (فلو هلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن لزمه) اى المرتهن (دفع ما وعد للراهن) اى ان رهن ليقرضه الف درهم مثلا وهلك الرهن فى يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا يجب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن جبرا لان الموعود جعل موجود احكما باعتبار الحاجة ولانه مقبوض من جهة الراهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه (ان كان الدين مثل قيمته) اى الرهن (او اقل منها) اما اذا كان الدين اكثر من قيمة الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطى شيئا فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه وقال محمد لا يصدق فى اقل من درهم والمص لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف كما قاله ابو المكارم لكن لا نم ذلك لان المص قد ذكر حكمه فيما سبق وهو قوله وان كان الدين اكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقى تدبر وروى عن ابى يوسف اذا قال لغيره اقرضنى وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وفى البزازية والحاصل فى الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا سمى شيئا ورهن به وهلك الرهن قبل الاقراض ضمن الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيئا اختلف فيه الامام الثانى ومحمد لكن قد قررناه نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون فى الاصح تتبع (و) يصح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف) قبل الافتراق ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه استبدال ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفاء فى الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون هو المالية كما فى القهستانى (و بالمسلم فيه) قبل الافتراق وبعده وعن زفر فيه روايتان ثم اشار الى ما يظهر فيه فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة

بالاتفاق بقوله (فان هلك) الرهن (في مجلس العقد قبل الافتراق وبعد ما استوفى) اى صار المرتهن مستوفيا (حكما) لوجود القبض وتحقق المجلس من حيث المالية فيتم البيع والصرف (وان افترقا) اى المتعاقدان (قبل النقد) اى قبل نقد رأس المال وثمن الصرف (و) قبل (الهلاك) اى هلاك الرهن (بطل العقد) فيهما لعدم القبض حقيقة لاحكما لان المرتهن لم يصر قابضا بالقبض لابالهلاك (والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ) اى لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لايحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضى الذى به الرهن اوابرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان انه ارتهن بالدين الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه لان الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته (وهلاكه) اى هلاك الرهن (بعد الفسخ هلاك بالاصل) اى هلاك الرهن بعد التفاسخ هلاك الرهن بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولوهلك المرهون يهلك بالثمن (ويصح) الرهن (بالاعيان المضمونة بنفسها) اى بالمثل او القيمة كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد) فان هذه الاشياء يجب تسليم عينها عند قيامها اذلا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها يجب الاتيان بمثلها ان كان لها مثل وبقيمتها ان لم يكن لها مثل فاذا هلك الرهن عند قيام العين فى يد الراهن يقال له سلم العين وخذ من المرتهن الاقل من قيمة العين ومن قيمة الرهن لان الرهن مضمون عندنا واذا هلك العين قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنا صحيحا بقيمة العين المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك بالاقل من القيمة ومن قيمة الرهن (و) يصح الرهن (ببدل الصلح عن الانكار) وصلية (اقر المدعى بعدم الدين) صورته لو ادعى رجل على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لادين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابى يوسف خلافه اى ليس عليه ان يرد شيئا (ولو رهن الاب الدين عبد طفله يجاز) لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه فى حق الصبى لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة

امانة وان كان الولد كبيرا لايجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الا باذنه (وكذا الوصى) اى الوصى مثل الاب فى الحكم المذكور وعن ابى يوسف وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكان كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الرهن حفظ مال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه (فان هلك) العبد الرهن (لزمهما) اى الاب والوصى (مثل ما سقط به) اى بالرهن (من دينهما) اى من دين الاب والوصى ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وذكر التمرتاشى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وفى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقال لا يضمنان الفضل لما مر من انه امانة وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه موكل على بيعه وهما يملكانه (ولو رهن الاب) متاع الصغير (من نفسه او من ابن آخر صغير له) اى للاب (او من عبد له) اى للاب (تاجر لا دين عليه صح) لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (بخلاف الوصى) اى لو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين اورهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتوليهما فى البيع وهو قاصر الشفقة ولا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه اى الوصى (بخلاف ابنه الكبير وابيه) اى ابن الوصى وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته او طعامه ورهن به متاعه) اى متاع اليتيم (صح) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن اورهن لان الاولى للوصى التجارة تثميرا لماله ولا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن فى شئ من ذلك ما لم يقض الدين) لوقوعه لازما من جانبه ولو كان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه (ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر) العبد (حرا او بثمن خل فظهر) الخل (خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من الدين

الموعود (وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (وان رهنت بجنسها فهلاكها بمثلها من الدين ولاعبرة للجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة (وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا مكان الهالك) قالوا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرارا باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه اى يكون هلاكها بمثلها من الدين عند الامام وان كان في الحاق ضررا باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ماضمن رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لاوجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولاالى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وفي النهاية والتبيين تفصيل فليراجعهما (ومن شرى) شيأ (على ان يعطى بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا) لانه شرط ملائم للعقد اذ الرهن والكفالة للاستيثاق وهو يلائم الوجوب وفي القياس لايجوز لكونه صفقة في صفقة وهى منهى عنها واذا كان الرهن او الكفيل غائبا يفوت معنى الاستيثاق لان المشترى ربما يرهن شيأ حقيرا او يعطى كفيلا فقيرا لايحصل من الاستيثاق فبقى العقد بشرط غير ملائم فيفسده قياسا واستحسانا اما لو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس اونقد المشترى الثمن حالا جاز وبعد المجلس لايجوز (فان امتنع) المشترى (عن اعطائه) اى اعطاء الرهن (لايجبر) المشترى على اعطائه عندنا لان عقد الرهن تبرع ولاجبر على التبرعات وقال زفر يجبر عليه لان الرهن صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن فيلزم الرهن بلزومه (و) يثبت (للبائع) الخيار ان شاء (فسخ البيع) ان ابى عن اعطاء الرهن وان شاء ترك الرهن لانه وصف مرغوب في العقد ومارضى (الابه) فيتخير بفواته (ان دفع) المشترى (الثمن حالا) ثم لايفسخه لحصول الحق وهو الاثمان في العقود (او دفع (قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة (ومن شرى شيئا وقال) المشترى (للبائع امسك هذا) الثوب مثلا (حتى اعطيك الثمن فهو) اى الثوب (رهن) عند الطرفين (وعند ابى يوسف وديعة) لارهن وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضى بثبوته بخلاف ماذا قال امسك بدينك او بمالك على لانه

لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن ولنا انه اتى بمايبنئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن فالعبرة فى العقود للمعانى الايرى انه لوقال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال بعتك بكذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف مااذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلايكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لوقال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كما فى التبيين (واورهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته) اى حصة احدهما من الالف (كالبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للمق وهو المبالغة فى الحمل على الايفاء فصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لايتفرق بتفريق التسمية كما فى البيع ووجه الثانى انه لاحاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لايصير مشروطا فى الاخر الايرى انه لوقبل الرهن فى احدهما جاز بخلاف البيع (واورهن) رجل (عينا عند رجلين) بدين لكل واحد منهم عليه سواء كانا شريكين فى الدين اولم يكونا شريكين فيه (صح) الرهن (وكلها) اى كل العين (رهن لكل) واحد (منهما) اى من الرجلين لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولاشيوع فى الرهن وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا الحبس ممالايقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حتى لايجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة (والمضمون على كل) واحد منهما (على حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الاخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء ممايقبل التجزى (فان تهايئا) اى المرتهنان (فى حفظها) اى العين المرهونة (وكل) واحد منهما (فى نوبته كالعدل) الذى وضع عنده الرهن (فى حق الاخر) وفيه اشارة الى ان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما فى العناية وفى التبيين هذا اذا كان لايتجزى فظاهر وان كان ممايتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الآخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما (فان قضى) الراهن (دين احدهما) اى احد المرتهنين دون الآخر (فكلها) اى كل العين (رهن عند الاخر) لان جميع العين رهن فى يد كل

واحد منهما من غير تفرق على ما ذكرنا (ولو رهن اثنان من واحد صح وله) اى للواحد (ان يمسكه) اى الرهن (حتى يستوفى جميع حقه منهما) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار نظير البائع وهما نظير المشتريين (ولو ادعى كل من اثنين انه) اى الآخر (رهن) فعل ماض (هذا الشئ) مفعول رهن (منه وقبضه) اى الشئ (وبرهنا عليه) اى على ما ادعيا (بطل برهانهما) صورتها رجل فى يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما الذى اليد قد رهنتني عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على دعواهما فهو باطل اذ لا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك فى حالة واحدة ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته على حجة الآخر ولا الى القضاء لكل منهما بالنصف لافضائه الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا اذا جهل التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن فى يد احدهما كان صاحب اليد احق (ولو) كان هذا (بعد موت الراهن) اى اذا مات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه (قبل و) يحكم بكون (الرهن مع كل) واحد منهما (نصفه) بدل من الرهن (رهنا بحقه) اى بحق كل منهما استحسانا وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس فى الحيوة وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات اذ بعده ليس له الحكم الا الاستيفاء بان يباع فى الدين شاع اولم يشع وعند ابى يوسف يبطل هذا قياسا لان القضاء بالنصف مختص جاز فى الحيوة للشيوع وكذا فى الممات له وفى التنوير اخذ عمامة المديون ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن واحد منهما رهنا قبل ان يختار احدهما

(باب الرهن يوضع على عدل)

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده

وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا آخر حيث قال ورضيا ببيع الرهن عند حلول الاجل بناء على ماهو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والاكثر رضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم ومن هذا قال فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب (ولو اتفقا) اى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدل صح) وضعهما (وتم) الرهن (بقبض العدل) هذا عندنا وقال زفر لا يصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فيعدم القبض وبه قال ابن ابى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (وليس لاحدهما) اى للراهن والمرتهن (اخذه) اى اخذ الرهن (منه) اى من العدل (بلا رضى الاخر) لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل واحد حق الآخر (ويضمن) العدل قيمة الرهن (بدفعه الى احدهما) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل واحد اجنبى عن الآخر والمودع اذا دفع الى الاجنبى يضمن ولانه لو دفع الى المرتهن يدفع ملك الغير ولو دفع الى الراهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعد (وهلاكه) اى الرهن (فى يده) اى فى يد العدل (على المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة (فان وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما) اى غير العدل والمرتهن (ببيعه) اى ببيع الرهن (وقت حلول الاجل صح) التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (فان شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لا ينعزل) الوكيل (بالعزل) اى عزل الراهن بدون رضى المرتهن لتعلق الحق بالمرهون وفى القهستانى ولو وكل بعد الرهن انعزل وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما فى الذخيرة لكن الصحيح انعزل كما فى الحاشية (ولا) ينعزل ايضا (بموت الرهن ولا) بموت (المرتهن) لان الوكالة المشروطة فى ضمن عقد الرهن صارت حقا من حقوقه فيلزم بلزوم اصله كما فى الهداية لكن هذا الدليل يقتضى جواز عزله قبل ان يقبض المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق بالقبض الا ان يقال لما كانت هذه الوكالة ثابتة فى ضمن عقد الرهن فزوالها يكون فى ضمن زواله ايضا تدبر (وله) اى للوكيل (بيعه) اى بيع الرهن بعد موت الراهن (بغيبة ورثته) اى ورثة الراهن كما كان له حال حيوته ان يبيعه بغير حضرة الراهن (وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل) فلا يقوم وارثه

... الوكيل حتى رأيه

لا برأي غيره كما في الهداية وهذا يقتضي ان يجوز بيع الوصي اذا قال الراهن
للوكيل بالبيع اجزت لك ما صنعت فيه من شيء وصرح بذلك في الذخيرة
وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات
والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها (ولو وكله) اي العدل (بالبيع
مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلو نهاه) اي العدل (بعده) اي بعد توكيله
مطلقا (عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا
لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن
لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه
كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وتنعزل
بعزل الموكل وتمامه في التبيين فليراجع (ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن
بلا رضى الآخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما مر (وان حل الاجل
والراهن) او وارثه بعد موته (غائب) وابى الوكيل ان يبيعه (اجبر)
بالاتفاق (الوكيل على بيعه) اي الرهن بان يحبسه القاضي اياما فان لم يبع بعد
الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل الامام
فكذلك عند البعض لان جهة البيع تعينت لان بيع الرهن صار حقا للمرتهن
ابقاء لحقه بخلاف سائر اموال المديون وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده
وفيه اشعار بانه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل اجبر هو كما في القهستاني ثم
ان البيع لا يفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كلا اجبار وفيه ايهام
انه لا يجوز البيع قبل حلول الاجل وفي الغاية لو سلط العدل على البيع مطلقا
ولم يقل عند حلول الدين فله ان يبيع قبل ذلك (كما يجبر الوكيل بالخصومة
عليها) اي على الخصومة (عند غيبة موكله) اي اذا وكل المدعى عليه
رجلا بخصومته بطلب المدعي فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصم فانه يجبر
على الخصومة لان المدعي خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على ان وكيله يخاصمه
فلا يمكن للوكيل ان يمتنع كما في الكافي وفيه اشعار بان تكون الوكالة بطلب المدعي
لكن اطلاق المتن يخالفه تدبر وفي البرجندي والخلاف في اجبار الوكيل
بالخصومة كالخلاف في اجبار الوكيل ببيع الرهن والتقييد بالوكيل بالخصومة
لان الوكيل بقضاء الدين لا يجبر اذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف ما اذا وكله
بقضاء الدين من مال الموكل تدبر (وكذا يجبر) على بيعه (لو شرطت)
الوكالة (بعد عقد الرهن في الاصح) وذكر السرخسي ان في ظاهر الرواية
لا يجبر الوكيل على البيع وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد اي يجبر

سواء شرط اولم يشترط وبقيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير (فان باعه) اى الرهن (العدل فثمنه) اى ثمن الرهن (قائم مقامه) اى مقام الرهن ولافرق بين ان يكون الثمن مقبوضا اولم يكن لقيامه مقام ما كان مقبوضا وهو الرهن (وهلاكه) اى هلاك الثمن لوتوى على المشترى (كهلاكه) اى الرهن فيسقط بقدره دين المرتهن ولاينظر الى قيمة الرهن بل الى قيمة الثمن خص العدل بالذكر والظاهر انه اذا وكل المرتهن ببيع المرهون كان الحكم ايضا كذلك كما فى البرجندى (فان اوفاه) اى الثمن بعد بيع العدل الرهن (المرتهن واستحق الرهن وكان هالكا) فى يد المشترى (فللمستحق ان يضمن الراهن) قيمة الرهن ان شاء لانه غاصب فى حقه بالاخذ (ويصح البيع والقبض) اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع نفسه (او) ضمن المستحق (العدل) معطوف على قوله الراهن لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم (ثم العدل) على تقدير تضمينه (مخير ان شاء ضمن الراهن) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (ويصحان) اى البيع وقبض المرتهن ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه ولايرجع المرتهن على العدل بشئ بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق (وهو) اى الثمن (له) اى للعدل لانه ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه (ويبطل القبض فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة (فان كان الرهن قائما) فى يد المشترى (اخذه) اى الرهن (المستحق) من مشتريه لانه وجد عين ماله (ورجع المشترى على العدل بثمنه) لكونه عاقدا فحقوق العقد راجعة اليه (ثم) رجع (هو) اى العدل (على الراهن به) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (وصح القبض) اى قبض المرتهن الثمن لان مقبوضه سلم له (او رجع) العدل (على المرتهن) بالثمن الذى اداه اليه اذ بانتقاض العقد يبطل الثمن وكذا ينتقض قبضه بالضرورة (ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه) لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن هذا على اشتراط التوكيل اما ان لم يشترط فى الرهن لاخيار للعدل وعن هذا قال (وان لم يكن التوكيل مشروطا فى الرهن يرجع العدل على الراهن فقط) لا على المرتهن سواء (قبض المرتهن ثمنه اولم يقبض) كما اذا باع العدل

بامر الراهن وضاع الثمن في يده من غير تعمد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل يرجع به على الراهن (وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته) ان شاء لانه متعد في حقه بالتسليم (ويصير المرتهن مستوفيا) بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (و) ان شاء (ان يضمن المرتهن) لانه متعد في حقه ايضا بالقبض (ويرجع المرتهن بها) اى بالقيمة التي ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن (و) يرجع (بدينه على الراهن لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه بقال لما كان رجوع المرتهن على الراهن بسبب انه مغرور من جهته كان الملك بالرجوع متأخرا من عقد الرهن فتبين انه ملك غيره

(باب التصرف في الرهن وجنايته والجناية عليه)

لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذ عارضته بعد وجوده (بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن او قضاء دينه) وعن ابي يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في خالص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضى الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضى لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل وقد زال المانع من النفوذ (فان اجاز صار ثمنه رهنا مكانه) وفي الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وعن ابي يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان الراهن شرط ان يباع بدينه اما اذا لم يكن شرطا فلا والصحيح هو الاول وهذا كله اذا باع الراهن وهو في يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كذا في العمادية (وان لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ لا ينفسخ في الاصح) اذ ثبوت حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه الضرورة اذ حقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا وينفسخ في رواية ابن سماعة كعقد الفضولي حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه واذا كان

موقوفا (فان شاء المشترى صبر الى ان يفك الرهن) لان العجز على شرف الزوال (اورفع) المشترى الامر (الى القاضى ليفسخه) اى يفسخ القاضى البيع بسبب العجز عن التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضى لا الى المشترى كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو باع الراهن ثم آجر اورهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق هو ان المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما الاحق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق كما فى الهداية (وصح عتق الرهن) موسرا كان او معسرا (الرهن) اى العبد الرهن بلا اذن المرتهن (و) كذا يصح (تدبيره واستيلاده) عندنا لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع فى المحل فخرجوا من الرهنية لبطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا ينفذ اعتاق الآبق دون بيعه (فان كان) الراهن (موسرا وطولب بدينه ان) كان (حالا) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (واخذت قيمة الرهن) اى اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد (فجعلت) اى القيمة (رهنا مكانه لو) كان الدين (مؤجلا) حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة وهو ان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل كما فى الهداية (وان كان) الراهن (معسرا سعى) العبد المعتق فى الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل سعى العبد فى القيمة وان كان الدين اقل من القيمة سعى فى الدين وانما يسعى لانه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ماليته اذ ليس عليه ان يسعى فيما زاد على مقدارها (ورجع) العبد (به) اى بما سعى (على سيده) اذا ايسر لانه قضاه بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه رجع عليه بخلاف المستسعى فى اعتاق احد الشريكين لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما وقال الشافعى انه ينفذ ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا (و) سعى

(المدبر وام الولد) في التدبير والاستيلاد (في كل الدين لا رجوع) لان كسب
المدبر والمستولد ملك المولى فيسعيان في كل دينه بلا رجوع (واتلافه) اي
اتلاف الراهن الرهن (كاعتاقه موسرا) اي ان كان الدين حالا اخذ منه كل
الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل
(وان اتلفه) اي الرهن (اجنبي) اي غير الراهن (ضمنه) اي المتلف (المرتهن
قيمته) اي الرهن يوم هلك (وكانت) القيمة (رهنا مكانه) لانه احق بعين الرهن
حال قيامه وكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك
باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم
الاستهلاك خمسمائة و يوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من
الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه كما مر لانه به دخل في ضمانه
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل
ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه و بحلول الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه
دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع
بالفضل وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض
الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك
وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق
لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف كما في الهداية
وغيرها وهو مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف
سقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص
منه كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر
فوجب ان لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كما في التبيين لكن الاشكال يضمحل
بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض
استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت
قيمته يوم القبض الفا ثم انتقصت منهما خمسمائة بتراجع السعر سقط من الدين
لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق
حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا تأثير في سقوط شيء منه بتراجع السعر
اصلا وهذا ظاهر من عبارة الهداية وغيرها تدبر (ولو اعار المرتهن الرهن
اي فعل به مثل ما يفعل بالعارية والا فالعارية تمليك المنافع والمرتهن لا يملك ذلك
وفي المنح تفصيل فليراجع (من راهنه خرج من ضمانه) لان الضمان كان باعتبار

قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المتعدى له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه (و برجوعه) اى برجوع الرهن الى يد المرتهن (يعود ضمانه) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (وله) اى للمرتهن (الرجوع) من الاعارة (متى شاء) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى تلك الحالة (ولو اعاره احدهما) اى اعار المرتهن او الراهن الرهن (باذن الآخر من اجنبى خرج من ضمانه ايضا) لما بينا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (فلو هلك فى يده) اى فى يد المستعير (هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (ان يرده) من المستعير (رهنا) كما كان لانه لم يخرج عن الرهنية بالاعارة ولان لكل واحد حقا محترما فى الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ كما فى الهداية (فان مات الراهن قبل رده) اى قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من سائر الغرماء) لان حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون وليس بمضمون بالهلاك فظهر منه ان الضمان ليس من لوازم الرهن من كل وجه (ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه) للعمل (او استعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه عنه) اى عن المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وان هلك) الرهن (قبل استعماله) اى المرتهن الرهن (او) هلك (بعده) اى بعد استعماله (فلا يسقط ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن واليد والضمان واما الثانى فلان يد العارية ترتفع بالفراغ فيبقى على اصل الرهن (وصح استعارة شئ ليرهنه) ذلك الشئ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل فى حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد (فان اطلق) المعير ولم يقيده بشئ (رهنه) اى المستعير (بما شاء) من قليل او كثير (عند من شاء) عملا بالاطلاق (وان قيد) المعير ما اعاره للرهن (بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به) فليس للمستعير ان يتجاوز عنه اذ كل ذلك لا يخلو عن افادة شئ من التيسير والحفظ والامانة ثم بين فائدته فقال (فان خالف) ما قيده به المعير (فهلك كان ضامنا فان شاء) المعير (ضمن المستعير) قيمته (ويتم الرهن بينه) اى بين المستعير والراهن (و بين مرتهنه) لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (او) ضمن

(المرتهن ورجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير لما مر) في الاستهلاك وان خالف الى جهات ممن له باكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن (وان وافق) المستعير في ارتهانه بعد ما عينه المعير (وهلك عند مرتهنه صار مستوفيا دينه) ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر او صار مستوفيا (قدر قيمة الرهن او) كانت قيمته (اقل من الدين وطالب راهنه بباقيه) اي باقي الدين اذا لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) او صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى دينه كله (او قدر القيمة) او صار مستوفيا قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك القدر من دينه ولا يجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا (ولو هلك عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه) عن الرهن (لا يضمن) لانه لم يصر قاضيا دينه وهو الموجب للضمان على ما بيناه (وان) وصلية (كان قد استعمل من قبل) بالاستخدام او الركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي (ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده له ذلك) وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون مجبورا على الدفع لان قضاءه كقضاء الراهن في استخلاص ملكه (ورجع المعير بما ادى على الراهن) لكونه غير متبرع في القضاء لانه سعى في استخلاص ماله ولو قال المستعير هلك في يدي قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير) مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في حالتين الحالتين فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الايفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان بشأنه وكان منكرا الضمان (ولو اختلفا في قدر ما امره بالرهن به فللمعير) اي فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشتري به عبد يقوم مقامه (وكذا جناية المرتهن عليه) مضمونة (فيسقط من دينه بقدرها) اي بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا من دينه بقدر الجناية اما اذا كان قدر الجناية اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد

على الدين لان الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطأ في النفس او فيما دونها واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده لكان اولى تدبر (وعلى مالهما هدر) اى باطل عند الامام (خلافا لهما في المرتهن) فان عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الائمة الثلاثة اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف الجناية الموجبة للقصاص واما الخلافية فلهما ان الجناية حصلت على غير المالك وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك بها العبد مع ان التملك فائدة ولم يوجد وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي كما في الهداية (ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة) بان انتقص سعره (فقتله اى العبد (رجل) خطاء (وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه) وسقط باقيه وهو تسعمائة (ولا يرجع على راهنه بشئ) لان انتقصان من حيث السعر لا يوجب السقوط عندنا لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر واما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه فيسقط الدين في انتقاصها لا في انتقاص المالية من جهة السعر ولما كان الدين باقيا ويد الرهن يد الاستيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء خلافا لزفر لان المالية انتقصت فاشبه انتقاص العين (وان باعه) اى المرتهن الرهن وهو العبد الذي يساوي الفا وكان رهنا بالف (بالمائة بامر راهنه) قبض المائة قضاء لحقه (ورجع) المرتهن بعد قبض المائة (عليه) اى على الراهن (بالباقي) اى بباقي الدين وهو تسعمائة وفي الكافي واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينتقص فصح البيع ايضا عند الامام

اوصح ع ديثوا ان كان قال نعم بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن بما باعه باذنه وصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا (وان قتله) اى العبد الرهن الذي يساوي الفا قبل نزول السعر الى مائة او بعد النزول (عبد) هو (يساوي مائة ودفع) بصيغة المجهول (به) اى دفع العبد الجاني مقام العبد المقتول بسبب قتله (افتكه الراهن بكل الدين) وهو الالف عند الشيخين لان التغير لم يظهر في نفس العبد اذ العبد الثاني قام مقام الاول من حيث انه دم ولحم فكانه تراجع سعره الى مائة ولو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هنا (وعند محمد) هو بالخيار (ان شاء دفعه) اى العبد المدفوع (الى المرتهن) بدينه ولا شئ عليه غيره (وان شاء افتكه بالدين) لانه تغير في ضمان المرتهن فاوجب التخيير وقال زفر يصير الثاني رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشرة فيبقى الدين بقدره (وان جنى) العبد (الرهن خطاء فداه المرتهن) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله في ضمانه ودينه مستغرق رقبته وعلى تقدير الفداء بقي الدين والعبد رهن وليس له ولاية الدفع الى ولى القتيل اذ الدفع الى المالك وهو ليس بمالك (ولا يرجع المرتهن على الراهن) بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الراهن عليه ولا يفيد (فان ابى) اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) الى ولى الجناية (او فداه) اى يقال للراهن افعل واحدا من الدفع والفداء ان شاء يدفعه وان شاء يفدى عنه (ويسقط الدين) تاما بفعل كل منهما من الراهن ان كان الدين اقل من قيمة الرهن او متساويا وان كان الدين اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقي كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده كما قيدناه لكان اولى تدبر وفي بعض المعتبرات اذا ولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطاء او استهلك مال انسان فلا ضمان على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا (في الفداء) وان لم يؤد وبيع العبد في الدين يأخذ صاحب دين العبد دينه وتمامه في الهداية والكافي فليطالعهما وفي المنح ولو رهن حيوانا من غير بني آدم فجنى البعض على البعض كان هدرا او بعضه كانه هلك بآفة سماوية ولو رهن

عبدين كل واحد منهما يساوى الفا بالفين فقتل احدهما الاخر او جنى احدهما على الاخر فيما دون النفس قل الارش اوكثر لا تعتبر الجناية و يسقط دين المجنى عنه بقدره ولو كانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الاخر فلا دفع ولا فداء و يبقى القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين ولو رهن عبدا اودابة فجناية الدابة على العبد هدر وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على عبد آخر (ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه (فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره) اى الوصى (بذلك) اى بالبيع لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان الدين على الميت فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن

(فصل)

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى اواخر الكتب (رهن رجل عصيرا) اى عصير عنب عند رجل (قيمته عشرة) دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير اى صار خمرا (ثم تخلل) اى صار خلا (وهو) اى والحال انه (يساويها) اى عشرة دراهم (فهو) اى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بها) اى بعشرة دراهم لان عقد الرهن لم يبطل بالخمر لان ما صلح محلا للبيع صلح محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر فى يد البائع بقى البيع الا انه يخير فى البيع لتغير وصف المبيع كما لو تعيب فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن (وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن به) اى بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره على ما هو المشهور وان قال بعض المشايخ يعود البيع هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وفى البزازية اشترى خلا بدرهم او شاة على انها مذبوحة بدرهم رهن به شيئا ثم هلك الرهن فظهر ان الخل خمر والشاة ميتة يهلك مضمونا بخلاف ما اذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة او حرا ورهن بالثمن شيئا وهلك عند المرتهن لا يضمن لانه باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا او وصفا يسقط

من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر على ما عرف فلو رهن ثوبا قيمته اربعون بعشرة فافسده السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين ونصف و يسقط ثلاثة ارباع الدين لان كل ربع من الثوب مرهون بربع الدين وقد بقي من الثوب ربعه فبقي من الدين ايضا ربعه (ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن) لانه متولد من ملكه ولا يدخل الكسب والهبة والصدقة في الرهن لانها غير متولدة من الاصل ويأخذ الراهن في الحال (ويكون رهنا مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسري الى الولد الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يدفع معه فيه (فان هلك) النماء (هلك بلا شئ) لعدم دخوله تحت العقد مقصودا (وان بقي) النماء (وهلك الاصل يفتك) الراهن (بحصته من الدين ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع (فما اصاب الاصل سقط) من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (وما اصاب النماء افتك به) صورته رجل رهن شاة بعشرة دراهم وقيمتها عشرة يوم القبض ثم ولدت ولدا قيمته خمسة دراهم يوم الفك فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما اثلاثا يصيب ثلثا الدين الام وهو ستة فيسقط ويصيب ثلثه للولد وهو ثلثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم الراهن ان يدفع الثلث ثم يأخذ الولد وفي التنوير ولو اذن الراهن للمرتهن في اكل زوائد الرهن فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين وان لم يفتك الراهن الرهن حتى هلك الرهن في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن كما مر وفي الخانية رهن جارية فارضعت صبيا للمرتهن لم يسقط شئ من دينه بخلاف ما لو رهن شاة فشرب المرتهن من لبنها فانه محسوب عليه من الدين (وتصح الزيادة في الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر فيكون مع الاول رهنا بالعشرة (ولا تصح) الزيادة (في الدين) مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذي عندك رهنا بالف (فلا يكون الرهن رهنا بها) اي بالزيادة عند الطرفين لان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين

السابق فان هلك العبد الرهن يسقط الدين الاول و يبقى الدين الثاني بلا رهن (خلافا لابي يوسف) فان عنده تجوز الزيادة في الدين فيسقط بموت العبد الرهن الدينان قياسا على الجانب الآخر ولان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع وقال زفر والشافعي لاتجوز الزيادة في الرهن ولافي الدين لعدم جوازها في الثمن والمبيع ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين لاتصح ان لايكون رهنا بالزيادة كما انه رهنا باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدلها) اي الالف (فالاول رهن) فمات قبل الرد يصير مستوفيا لدينه فالعبد الاول رهن كما كان (حتى يرد) المرتهن (الى راهنه والمرتهن امين في) العبد (الثاني) حتى يجعله مكان الاول (رد الاول) على الراهن ثم يصير الثاني مضمونا لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لايدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لابدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض وقيل لايشترط كما في الهداية وغيرها لكن في الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذا قبض انتهى يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثاني خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن اولم يرد (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين اووهبه) اي الدين (منه) اي من الراهن (فهلك الرهن) في يد المرتهن (هلك بلاشيء) استحسانا وقال زفر يضمن قيمة الرهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان مابقي القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لورد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقي الدين وكذا اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقي القبض فاما اذا احدث المرتهن بعد البراءة منعا ثم تلف في يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار مانعا غاصبا فيضمن القيمة وكذا لوارتهنت المرأة رهنا بالصداق وابرأته اووهبته اوارتدت والعياذ بالله قبل الدخول اواختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء (ولو قبض) المرتهن (دينه اوبعضه منه)

اى من الراهن (اومن غيره) كالمتطوع (اوشرى به) اى بالدين (عينا) منه (او صالح عنه) اى عن الدين (على شئ او احتال به) اى احال الراهن مرتهنه بدينه (على آخر ثم هلك) الرهن في يد المرتهن (قبل رده) اى الى الراهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر في موضعه ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لا يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى لئلا يتكرر الاستيفاء (ويرد ماقبض الى من قبض منه) هذا في صورة ايفاء الراهن او المتطوع اوالشراء او الصلح وتبطل الحوالة و يهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا) اى كما يهلك الرهن بالدين في الصورة المذكورة يهلك به ايضا (لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك) الرهن (هلك بالدين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموجود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لان الابراء يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط الدين بل يثبت لكل واحد منهما على الاخر فيتعذر الاستيفاء لما مر من عدم الفائدة وفي الكافى اذا تصادقا على ان لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هنالك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل فضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا وفي التنوير كل حكم عرف في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد وفي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفي كل موضع لم يكن كذلك لا ينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك بغير شئ وتمامه في المنح فليطالع

(كتاب الجنايات)

اورد الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس ولما كان المال وسيلة ابقاء النفس قدم الرهن على الجنايات لان الوسائل تقدم على المقاصد كما في اكثر الشروح وقال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة بحبس الانسان فعله

انتهى واورد عليه ان هذا التعليل ليس بشئ لان الحق بالبيان فى كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولاشك ان احكامهما مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين ويبحث فى كل منهما عما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة وشك فى جواز الرهن وحظر الجناية ويكفى هذا القدر فى تقديمه عليها كما لايخفى والجناية فى اللغة اسم لما يجنيه اى يكسبه المرء من شر تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه جناية ثم خص فى العرف بما يحرم من الفعل سواء كان فى نفس اومال وفى عرف الفقهاء بما حرم فعله فى نفس اوطرف والاول يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وشبه عمد وخطاء وجار مجرى الخطاء والقتل بسبب كما سيأتى تفصيله والثانى يسمى جناية فيما دون النفس وشرع القصاص لما فيه من معنى الحيوة شرعا كما قال تعالى ولكم فى القصاص حيوة والفرق بين هذه الاية وبين قول العرب القتل انفى للقتل بلاغة وفصاحة مبين فى كتب البيان بما لامزيد عليه ثم شرع فى بيان احكام القتل فقال (القتل اما عمد) موجب للضمان احتراز عن نحو قتل قطاع الطريق والحربى والمرتد (وهو ان يقصد ضربه) اى ضرب القاتل المكلف ما يحرم ضربه كما هو المتبادر (بما يفرق الاجزاء من سلاح اعد للحرب (اومحدد من حجر اوخشب اوليطة اوحرقة بنار) اقول انما شرط فى الآلة ماذكر لان العمد هو القصد وهو من اعمال القلب لايوقف عليه الابدليله وهو استعمال ماذكر من الآلات فاقيم الدليل مقام المدلول هذا عند الامام (وعندهما) وفاقا للشافعى (بما يقتل غالبا) حتى لوضربه بحجر عظيم اوخشبة عظيمة فهو عمد وقوله اوليطة بكسر اللام قشر القصب والاحراق بالنار من القتل العمد الموجب للقصاص لان النار من المفرقات للاجزاء كما فى الاتقان وقال فى الكفاية الاترى انها تعمل عمل الحديد حتى انها اى النار اذا وضعت فى المذبح فقطعت مايجب قطعه فى الذكوة وسال بها الدم حل وان انجمد ولم يسل الدم لايحل انتهى وفى الخانية ان الجرح لايشترط فى الحديد ومايشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية انتهى وفى الخلاصة رجل ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه الحديدة قتل به عند الكل وان اصابه بظهره ولم يجرحه فعندهما لاشك انه يجب القصاص وكذا عند الامام فى ظاهر الرواية وفى رواية الطحاوى عنه انه لايجب فعلى هذه الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا اوعودا اوحجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح وقال صدر الشهيد والاصح ان المعتبر عنده الجرح وكذا بسنجات الميزان من الحديد وقال رجل احمى تنورا ورمى فيه انسانا اوالقاه

في نار لا يستطيع الخروج منها فعليه القصاص عند له السلاح وكذا كل
ما لا يلبث عادة كالسلاح الا انه لا يشمل النار كالسلاح في حكم الذكوة حتى لو توقدت
النار على المذبح وانقطع بها العروق لا يحل اكله انتهى لكن قال في البزازية
ان النار تعمل في الحل وان تعمل الذكوة حتى لو وقدت النار في المذبح فاحرق
العروق تؤكل انتهى وهذا موافق لما قدمناه من الكفاية ويحمل على
ما اذا سال بها الدم وبه حصل التوفيق بين كلامي صاحب الخلاصة والبزازية
(وموجبه) اي القتل العمد (الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه
جهنم وفي الحديث سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال
الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه انعقد الاجماع
(والقصاص عينا) نصب على الحال من القصاص اي حال كونه متعينا
خلافا للشافعي فانه قال لا يتعين القصاص بل الولي مخير فيه وبين اخذ الدية
لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما ان يودي
ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية وقوله تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد وما اورده من الحديث فعلى
تقدير صحته لا يجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى ذلك اشار ابن عباس
رضي الله تعالى عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا
لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق مكرما بقوله تعالى
ولقد كرمنا بني آدم ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لاقامة مصالحه
ومبتذلا في حوائجه فلا يصلح جابرا وانما سقط القود الا ان الصلح على مال يجوز
بالتراضي سواء كان باقل من الدية او اكثر منها (الا ان يعفى) على صيغة
المجهول اي الا ان يعفو ولي القصاص او يصالحه على شيء من ماله كما مر آنفا
والعفو افضل (ولا كفارة فيه) لانها انما كان دائرا بين الحظر والاباحة والقتل
كبيرة محضة فلا يناسب ان تكون الكفارة ستارة له لوجود معنى العبادة فيها
ولقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن منها قتل النفس العمد
وعند الشافعي عليه الكفارة كما في الخطاء مراعاة لحق الله تعالى في العمد
(وما شبه عمد وهو ضربه) اي القاتل (قصدا بغير ما ذكر) في العمد مما لا يفرق
الاجزاء كالحجر عظاما والخشب العظام كانا عمدا عند محمد دون السوط والعصا هذا
عند الامام خلافا لهما والعبرة في الة القتل على ما مر في القتل العمد لان شبه العمد
عندهما ضربه قصدا بالة لا يقتل مثلها غالبا كالعصا والحجر الصغير والسوط
(وموجبه) اي شبه العمد (الاثم) لقصده ما هو محرم شرعا ولقوله تعالى
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان قيل ان المدعى عام للمؤمن

والذمی والدليل خاص بالمؤمن قلنا ان موجبها فی المؤمن ثبت بعبارة النص وفی الذمی بدلالته لتحقق المساواة فی العصمة لا يقال ان الآية دليل المعتزلة علی خلود مرتكب الكبيرة فی النار لا نا نقول ذلك فی المستحل او يراد بالخلود طول المكث او يراد بها الوعيد الشديد تنبيها علی عظم تلك الجناية (والكفارة) علی القاتل لانه خطأ نظرا الی الآلة فدخل فی قوله تعالی ومن قتل مؤمنا خطأ الآية (والدية المغلظة علی العاقلة) الناصرة للقاتل اما وجوبها فلقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل الحديث واما كون الوجوب علی العاقلة فلانه خطاء من وجه فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب علی العاقلة كما فی الخطاء وتجب فی ثلاث سنين لقضية عمر رضی الله تعالی عنه وهو ماروی عنه رضی الله تعالی عنه انه قضی بالدية علی العاقلة فی ثلاث سنين والمروی عنه كالمروی عن رسول الله عليه السلام لانه مما لا يعرف بالرأی (لا القود) عطف علی الدية ای ليس فيه قود لشبهه بالخطاء (وهو) ای شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) باعتبار الضرب والاتلاف جميعا يعنی اذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما راعی فيه المماثلة وليس فيما دون النفس شبه العمد كما كان فی النفس لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ومادون النفس ليس كذلك لماروی عن انس ابن مالك رضی الله تعالی عنه ان عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص فاختصموا الی رسول الله عليه السلام فامر بالقصاص فقال انس بن نضر اتكسر ثنية عمة الربيع والذی بعثك نبيا بالحق لاتكسر ثنيتها فقال رسول الله عليه السلام يا انس كتاب الله القصاص فرضی القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال عليه السلام ان من عباد الله من لواقسم علی الله لابره ووجه دلالته علی مانحن فيه ان اللطمة لواتت علی النفس لاتوجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قداوجبته بحكمه عليه السلام انه ماكان فی النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور ان يكون فيه شبه عمد كما فی التبيين (واما خطاء) عطف علی قوله اما عمد اوشبه عمد (وهو) ای الخطاء قسمان اما خطاء (فی القصد بان يرمی شخصا ظنه صيدا) فاذا هو آدمی (او) يرمی بظنه (حربيا فاذا هو آدمی معصوم الدم) وانما سمی خطأ فی القصد ای فی الظن حيث ظن الآدمی صيدا والمسلم حربيا واما الخطأ فی الفعل فقد بينه بقوله (اوفی الفعل بان يرمی غرضا فيصيب آدميا) فانه اخطاء فی الفعل لا القصد فيكون معذورا لاختلاف المحل بخلاف مالو تعمد ضرب موضع فی جسده

ق ثانستان موضعا منه آخر فان حث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده ولا يهدر بخلاف ما اذا اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطاء كما فى المنساية اما لو اراد ان يضرب يد رجل بالسيف فاخطاء فاصاب عنقه فبان رأسه فهو عمد وفى المح قال فى البدائع والخطاء قد يكون فى نفس الفعل وقد يكون فى ظن الفاعل اما الاول فنحو ان يقصد صيدا فيصيب آدميا وان يقصد رجلا فيصيب غيره وان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر منه فهذا عمد واس خطاء واما فى الثانى فنحو ان يرمى الى انسان على ظن انه حربى اومرتد فاذا هو مسلم انتهى (واما ما اجرى مجرى الخطاء كنائم انقلب على غيره فقتله) فحكمه حكم الخطاء وليس بخطاء حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطئا المقصود ولما وجد فعل حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطاء لانه معذور كالمخطئ (وموجبهما) اى الخطاء مطلقا وما اجرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى به عمر رضى الله تعالى عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم فصار اجماعا (واما قتل بسبب) اى كونه سببا للقتل (وهو) اى القتل بسبب (نحو ان يحفر بئرا او يضع حجرا فى غير ملكه بلااذن) من له الاذن وهو قيد للمعاطفين (فيهلك به انسان) قيد بقوله فى غير ملكه على انه لو فعله فى ملكه لا يضمن ما تلف به لانه مأذون فى فعله فلم يكن متعديا فيه ومما ينبغى ان يعلم انه اذا مشى الهالك عليه بعد علمه بالحفر فانه لا يلزم على الحافر شئ (وموجبه) اى كل واحد من الحفر ووضع الحجر (الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر ووضع الحجر فجعل كالمباشر للقتل فيجب فيه الدية صيانة للانفس وتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطاء فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه لا فى الخطاء بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا قال (لا) تجب (الكفارة فيه) وفى المجتبى وفيه ذنب الحفر والوضع فى غير ملكه دون ذنب القتل قالوا ولا اثم فيه معناه لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع (وكلها) اى ما ذكر من انواع القتل كالعمد وشبهه والخطاء (توجب حرمان الارث الا هذا) اى الا القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطاء فى الاحكام

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص

وقد لا يوجد احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة فقال (يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد) قوله على التأبيد صفة لموصوف محذوف تقديره حقنا واحترز به عن المستأمن فان في قتله شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب فلا يكون محقون الدم على التأبيد وقوله (عمدا) قيد للقتل اى قتل عمد فهو منصوب على انه مفعول مطلق لبيان النوع واحترز به عن القتل الغير العمد فانه لا يجب فيه القصاص (فيقتل الحر بالحر) لكمال المماثلة (و) يقتل (بالعبد) لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية لقوله عليه السلام العبد قود ولان القود يعتمد على المساواة في العصمة وهي اما في الدين او الدار ولان التخصيص بالذكر في قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد لا ينفي ماعداه مع ان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس على ماقاله ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في سبب نزول هذه الآية وعند الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وانت خبير بان حمل اللام في قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد على العهد كما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في سبب النزول يحسم مادة الاستدلال بها رأسا لان مبنى استدلال الشافعي على حمل اللام للجنس وليس كذلك (والمسلم بالذمي) لعمومات الكتاب والسنة ولما روى انه عليه السلام قتل مسلما بذمي وانما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربي لسياقه ولاذو عهد في عهده والعطف للمغايرة كما في الهداية (ولا يقتلان) اى المسلم والذمي (بمستأمن) لانه غير معصوم الدم على التأبيد كما مر (بل) يقتل (المستأمن بمثله) للمساواة بينهما وهو القياس وفي الاستحسان ان لا يقتل لقيام مبيح القتل فيه وفي المنح وينبغي ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بان العمل على الاستحسان الا في مسائل مضبوطة يعمل فيها بالقياس ليست هذه المسئلة منها وقد اقتصر مولى خسرو في مختصره على القياس انتهى (و) يقتل (الذكر بالانثى) وفي النهاية وذكر صاحب الكشاف في تفسير قوله تعالى والانثى بالانثى قال مالك والشافعي لا يقتل الذكر بالانثى لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي ومالك (و) يقتل (العاقل بالمجنون) لا بعكسه (و) يقتل (البالغ بغيره) اى غير البالغ لا بعكسه ايضا (و) يقتل (الصحيح بغيره)

اى بعين الصحيح كالاعمى والزمن (و) يقتل (كامل الاطراف بناقصها) اى بناقص الاطراف للعمومات المذكورة (و) يقتل (الفرع باصله) وان علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الاصل بفرعه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده فالوالد يتناول الجد من قبل الاب والام وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام وان علت وهو باطلاقه حجة على مالك فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم خلفه الوارث كما فى الهداية (بل تجب الدية فى مال) الاب (القاتل) لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لا تعقل العمد (فى ثلاث سنين) وقال الشافعى تجب فى الحال لان التأجيل كاف للتخفيف فى حق الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لا يكون بدلا عنها الا ان الشرع ورده مؤجلا فلا يعدل عنه (ولا) يقتل (السيد بعبده او مدبره او مكاتبه) لانه لو وجب القصاص لوجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز ان يجب له على نفسه قصاص (وعبد ولده) اى لا يقتل الوالد بقتله عبد ولده لان الولد لا يستوجب القصاص على الاب (وعبد بعضه له) اى ولا يقتل المولى بقتل عبد بعضه له وبعضه لآخر لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط فى البعض سقط فى الكل (وان ورث قصاصا على ابيه) بان قتل الاب ام ابنه او قتل الاب اخا لامرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص منه فان ابنهما ورث القصاص الذى لها على ابيه (سقط) القصاص لحرمة الابوة (ولا قصاص على شريك الاب او المولى او شريك المخطئ او) شريك (الصبى او) شريك (المجنون او) شريك (كل من لا يجب القصاص له) كشريك الجد والام وغيرهما المار من انه اذا سقط فى البعض لاجل انه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزى (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يحضر الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا ملك له فلا يلى القصاص والراهن لو تولاه يبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وقيل لا يثبت القصاص لهما وان اجتمعا وقيد باجتماعهما حتى لو اختلفا فلهما القيمة تكون رهنا مكانه (وان قتل مكاتب عن وفاء وله) اى للمكاتب (وارث مع سيده فلا قصاص) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اختلفوا فى موته حرا ورقا فعلى الاول الولى هو الوارث وعلى الثانى المولى فاشتبه من له حق القصاص فارتفع (وان لم يكن له وفاء يقتص سيده) بالاجماع سواء كان مع السيد وارث او لا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص المولى (وكذا) يقتص المولى (ان كان له وفاء ولا وارث له غير سيده)

اى المكاتب عند الشيخين لان حق الاستيفاء للمولى يتعين لانعدام الوارث وتعدد السبب لايقتضى تعدد الحكم ولايؤدى الى المنازعة لاتحاد الحكم للمولى (خلافا لمحمد) فان عنده لايقتص المولى لانه لايستوفى لاشتباه سبب الاستيفاء وهو الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا (ولاقصاص الابالسيف) سواء قتله به اوبغيره لقوله عليه السلام لاقود الابالسيف والمراد به السلاح وقوله عليه السلام لاتعذبوا عباد الله وقال الشافعى يفعل بالقاتل مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا فان مات فيها والاتحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة والفعل المشروع كالرجم وهو فى الجملة مشروع وغير المشروع كوطئ الصغيرة واللواطة بالصغير اواجرع احد اخمرا حتى قتله اختلف اصحاب الشافعى فيه قال بعضهم تحز رقبته ولايفعل به مثله واما القتل بحجر مشروع فى الرجم فجاز ان يقتل به وقال بعضهم يتخذله مثل آلته من الخشب ويفعل به مثل مافعل وفى الخمر بجرع الماء حتى يموت (ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده) اى المعتوه (وقاتل قريبه) يعنى اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا اوقتل قريبه كولده فولى المعتوه يعنى اباه يقتص من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهى تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وان يصالح) اى لاب المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر الدية اواكثر لانه انظر فى حق المعتوه ولوصالح على اقل منه لايجوز فيجب دية كاملة (لاان يعفو) اى ليس له ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلاعوض (والصبى كالمعتوه) لان كل ماثبت من الاحكام المذكورة لاب المعتوه يثبت لاب الصبى (والقاضى كالاب فى الصحيح) عند عدم الاب فى الاحكام المذكورة لانه نائب من السلطان والسلطان يقتص من قاتل القتيل الذى لاولى له كذا يقتصه النائب وقوله فى الصحيح احتراز عماروى عن محمد ان القاضى لايستوفى القصاص للصغير لافى النفس ولافيما دون النفس ولاان يصالح كذا فى الخانية وفى النهاية قال ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان الحق للمسلمين وقلنا للسلطان ولنائبه ولاية عامة فيلى الاستيفاء (وكذا الوصى) اى هو كالاب فى جميع ذلك (الاانه لايقتص فى النفس) لانه ليس له ولاية على نفسه حتى لايملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف لانه لم يستثن الا القود فى النفس وفى كتاب الصلح ان الوصى لايملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفى وهو مختص بالاب ولايملك العفو لان الاب

لايملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لايملك الوصى الاستيفاء في الطرف كما لايملكه في النفس لان الحق متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال كذا فى الهداية (ومن قتل وله اولياء كبار وصغار) بان كان للمقتول بنون صغار وكبار اواخوة صغار وكبار (فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند الامام لانه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع كما فى ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت (خلافا لهما) لان الحق مشترك بينهم فلاينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعى واحمد فى رواية (ولو كان احد الكبار غائبا ينتظر) حضوره (اجماعا) لمابينا من احتمال العفو من الكبير الغائب (ومن قتل بحديدة المراقتص منه ان جرحه) لانه سبب ظاهر للجرح (وان) قتل (بظهره) اى بظهر المر (اوعصاه فلا) يقتص لكونه غير جارح (وعليه الدية) عند الامام (وعندهما يقتص) وهو رواية عن الامام اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان كما فى الهداية (وكذا الخلاف فى كل مثقل) ان كان مما لايطيقه الانسان (وفى التغريق والخنق) يعنى لايقتص عند ابى حنيفة خلافا لهما لوجود القتل بغير حق وهو مذهب الشافعى وله ان القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل بآلة جارحة تعمل فى نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف وفيه جرح ظاهر والباطن فلا تماثل لان وكذا لايقتص فى القتل بتغريق ان كان الماء كثيرا حيث لايمكنه النجاة بالسباحة كالبحر خلافا لهما وهو قول الشافعى فعنده يغرق ان كان كثيرا يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان قليلا لايقتل به غالبا فلايقتص منه بالاتفاق كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى المنح وان سجن ساعة فلادية فيه وان القاه من سطح اوجبل اوبئر ويرجى نجاته غالبا فهو خطأ العمد والا فعلى الخلاف ولواجرعه سما كرها اوناوله واكرهه على شربه فلاقود فيه والدية على عاقلته وقيل هو على الخلاف المعروف اذاكان السم مقدار مايقتل غالبا وان ناوله فشرب من غير اكراه فلاقصاص فيه ولادية علم الشارب به اولم يعلم ولوادخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا عند الامام وعندهما تجب الدية ولودفنه حيا فمات يقاد به (وان تكرر منه القتل) بالمثقل والتغريق والخنق (منه) اى من القاتل (قتل به) اى بالقتل المكرر (اجماعا) لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى فى الارض

بالفساد (ولاقصاص في القتل بموالاة ضرب السوط) وقال الشافعي فيه القصاص لان الموالاة في ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق موجب العمد وهو القصاص ولنا ماروى الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان هذه الآلة غير موضوعة للقتل (ومن جرح اي عمدا (فلم يزل ذافراش حتى مات اقتص من جارحه) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه كما في الهداية (واذا التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لاالقصاص) لان هذا احد نوعي الخطاء والخطاء بنوعيه لايوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على يمان ابي حذيفة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لايجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم (ومن مات بفعل نفسه وزيد وحية واسد) يعني من شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك (فعلى زيد ثلث ديته) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى يأثم به بالاتفاق ولايصلي عليه عند ابي يوسف ويغسل فقط وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل زيد ثلثها فعليه ثلث الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لاتعقل فيه يفهم من هذا الكلام ان يكون المقتول عاقلا بالغا والا يلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون فعله هدرا كفعلهما وكذا يفهم ان لايتفاوت في جانب الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث يكون فعل هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا ايضا حتى لا ينقص بانضمام الفرس اليهما عن الثلث الواجب على زيد (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله) لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه اي اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الابه ولاشئ بقتله لانه باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص ولا دية ولا كفارة ولا يختلف بين ان يكون بالليل اوبالنهار في مصر اوغيره (ولاشئ في قتل من شهر على آخر سلاحا ليلا اونهارا في مصر اوغيره اوشهر عليه عصا ليلا في مصر اونهارا في غيره فقتله المشهور عليه) لان السلاح لايلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلا يختلف الحكم فيه بالنهار اوالليل اوالمصر اوغيره هذا في السلاح واما العصا فكالسلاح ان كانت خارج المصر لافرق فيها بين الليل والنهار لانه لايلحقه الغوث حينئذ

فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر فجواز الدفع بالقتل مشروط بان يكون بالليل اما اذا كانت العصا في المصر نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما يأتي في المتن (ولا) شئ (على من) اى شخص (قتل) اى ذلك الشخص (من) اى شخصا آخر (سرق متاعه) ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وهذا اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما في الهداية وغيرها اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلا تسقط عصمته بخلاف السارق الذي لا يندفع الا بالقتل كذا في الزيلعي وشرط الاخراج لانه ما لم يخرج المتاع لم يكن سارقا والذي في اكثر الكتب انه اذا قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل فلا شئ بقتله وعلى هذا لا فرق بين القتل بعد الاخراج او قبل الاخراج حيث انه في الصورتين ان امكن الدفع او الاسترداد بدون القتل لا يقتل وان لم يمكن يجوز له القتل فلا فائدة بعندهما ح بقيد الاخراج فتأمل (ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا في مصر) لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث ويفرق بين العصا التي تلبث والتي لا تلبث بالصغر والكبر وعند الامام بين العصا التي لا تلبث مثل السلاح في الحكم حيث لم يفرق فيهما بين الليل والنهار والمصر وغيره (او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع) عطف على قوله شهر عصا يعني يجب القصاص اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر ولم يقتله وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله لعصمة دم الشاهر بالانصراف لان هدر دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف عن ذلك عاد الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه قتل رجلا معصوم الدم (ولو شهر مجنون او صبي على اخر سيفه فقتله الاخر عمدا فعليه الدية في ماله ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) وعن ابي يوسف لا تجب الدية في الصبي والمجنون ويجب الضمان في الدابة وقال الشافعي لا يجب في الكل لانه قتله دفعا عن نفسه ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة واذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية في الادمي والقيمة في الدابة

(باب القصاص فيما دون النفس)

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (هو) اى القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه) الضمير فى فيه يرجع الى ما وهى نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية (حفظ المماثلة) وكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص ومالا فلا (اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل) لا فيما اذا قطع من نصف الساعد حيث لا يمكن فيه رعاية المماثلة كما سيأتى (وان) وصلية (كانت اكبر من يد المقطوع) لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وانما اعتبر الكبر والصغر فى شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة بينهما اذ المعتبر فى ذلك هو الشين دون المنفعة بخلاف قطع اليد فان الشين فيه لا يختلف ولهذا خير بين الاقتصاص واخذ الارش (وكذا الرجل) اذا قطعت من المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لا يمكن المماثلة ايضا كما سيأتى (وكذا فى مارن الانف وفى الاذن) اذا قطعا عمدا فيقتص من القاطع لا فى قصبة الانف لعدم امكان رعاية المماثلة (و) كذا يقتص (فى العين ان ذهب ضوءها) بضرب اوغيره (وهى قائمة) اى والحال ان العين قائمة وقوله بضرب اوغيره اى بحيث لم تدمع اذا كانت مفتوحة مقابلة للشمس اولم تهرب من الحية اوقال ذلك طبيبان وفيه رمز الى انه لو ابيض بعض الناظرة اواصابها قرحة اوسيل اوشئ مما يقبح بالعين ليس فيه قصاص بل حكومة عدل والى انه لو ذهب بياضه ثم ابصر لم يكن عليه شئ قالوا وهذا اذا صار كما كان واما اذا عاد دون ذلك ففيه حكومة عدل والى انه اذا كان عين المجنى عليه اكبر من عين الجانى اواصغر فهو سواء وكذا اليدان والرجلان وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا يؤخذ شئ من الاعضاء اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى فالحاصل انه لا يؤخذ شئ من الاعضاء الا بمثله من القاطع ومن قطع يدا ظفرها مسود او بها جراحة لا يوجب نقصان دية اليد يجب القصاص كما فى المنح (لا) يقتص (ان قلعت العين وذهب نورها) اذ رعاية المماثلة فى القلع والانخساف غير ممكن (فيجعل على الوجه قطن رطب وتقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها) وانما جعل هذا الوجه لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر (و) يقتص (فى كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة) وهى ان يظهر العظم كما سيأتى (ولا قصاص فى عظم سوى السن) لتعذر استيفاء المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان ولقوله عليه السلام

القصاص لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما في الخطاء فان العجز عن القصاص لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا ولا تحمله العاقلة لاسقاطه (وقيل على العاقلة) والصحيح هو الاول لان القتل عمد والعاقلة لا تحمل العمد (ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهي نصفان) يعني اذا قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فامر الحر ومولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفين لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة وترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله تعالى عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح ثم اعلم انه لابد في القتل من ان يجرح كل واحد جرحا مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما في تصحيح القدوري للشيخ قاسم حتى اذا لم يجرح كل واحد جرحا مهلكا لا يقتل قال الزاهدي في المجتبي انما يقتل جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح يصلح لزهوق الروح فاما اذا كانوا نظارة او مغرين او معينين بالامساك والاخذ لا قصاص عليهم انتهى ويدل عليه قول الزيلعي في تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كانه ليس معه غيره انتهى (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم) اى يكتفى بقتل الفرد حيث لا تجب الدية عندنا خلافا للشافعي لانه يقتل بالاول ويجب المال للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين يقتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته فيجب المال للباقين (وان حضر واحد) من الاولياء (قتل له) اى لذلك الواحد الحاضر (وسقط حق) اولياء (البقية) وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت العبد الجاني (ولا تقطع يدان بيد وان امرا سكينا فقطعا وضمنا ديتها) يعني لا تقطع يدا رجلين بيد رجل امرا سكينا واحدا على يد فقطعت وتجب دية واحدة على المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة لان الانقطاع حصل باعتمادهما على السكين عند الامرار وانحدار ...

فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف النفس لان زهوق الروح لا يتجزى وعند الشافعي يقطع يداهما قياسا بالانفس لكون الطرف تابعالها اوزجرالهما وقيل عند الشافعي يقطع يداحدهما بالقرعة وعلى الآخر الدية قيل اووضع احدهما السكين من جانب والآخر وضع السكين الآخر من جانب وامرا حتى التقى السكينان لا يجب القصاص اتفاقا لان كلا منهما قاطع البعض (فان قطع رجل يمنى رجلين) سواء قطعهما معا اوعلى التعاقب (فلهما قطع يمينه ودية يد بينهما) وهو نصف دية النفس فيقسم بينهما نصفين (ان حضرا معا) لان المماثلة مرعية بالقيمة فى الاطراف وعند الشافعي يقطع بالاول فى التعاقب وللثانى الارش ويقرع بينهما فى القران والقصاص لمن خرجت قرعته وللآخر الارش (وان حضر احدهما) اى احد المقطوعين (وقطع) القاطع عند حضوره (فللآخر الدية) اى دية واحدة لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب بين ان لا يطلب او يعفو مجانا اويصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا (وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به) عندنا لانه غير متهم فيه لانه مضر بالعبد فيقبل قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالادمية سواء كان مأذونا اومحجورا حتى لا يجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمان فلا يبالى به خلافا لزفر اذعنده لا يجوز اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطاء اوبالمال (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى آخر) عمدا (فالقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطاء كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

(فصل)

(ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا) اى سواء كانا عمدين اوخطائين اومختلفين (ان تخللهما برء) فيجب القطع والقتل فى العمدين ودية ونصف دية فى الخطائين والقطع والدية اذا كان القطع عمدا والقتل خطاء والقصاص ونصف الدية فى عكسه والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية فى العمدين والخطائين ولاختلاف حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا فى المختلفين (والا) اى وان لم يتخلل بينهما برء (وان اختلفا

عمدا وخطأ) بان كان القطع عمدا والقتل خطأ او بالعكس (اخذ بهما) ايضا فيجب القطع والدية في الاول والقصاص ونصف الدية في الثاني لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والآخر خطأ (لا) يؤخذ بهما (ان كانا خطأين) ولم يتخلل بينهما برء (بل تكفي دية واحدة) اعني دية القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية (وفي العمدين) اللذين لم يتخلل بينهما برء (يؤخذ بهما) فيجب القطع والقتل عند الامام (وعندهما لا) يقطع (بل يقتل فقط) فيدخل جزاء القطع في جزاء القتل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر (ولو ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة وجب دية واحدة فقط) عند الامام لانه لما برئ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير للضارب فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل الامام وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما في الهداية (وان جرحته) اي جرحت المضروب مائة سوط (وبقي لها الاثر) اي اثر الجراحة بعد البرء (ولم يمت تجب حكومة عدل) عند الامام لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار بقاء الاثر في النفس وان لم يبق لها اثر لا يجب شيء عنده (ومن قطعت يده عمدا فعفا) المقطوع (عن القطع فمات منه) اي من القطع (فعلى قاطعه الدية في ماله) عند الامام لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين انه القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه هذا في القياس الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة العفو اورثت الشبهة (وعندهما هو) اي عفو المقطوع عفو (عن النفس) فلا يلزم على القاطع شيء اذ العفو عن القطع عفو عن موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسر او القتل ان سرى (وان عفا) المقطوع (عن القطع وما يحدث منه) اي من القطع (او) عفا (عن الجناية) عمدا (فهو عفو عن النفس اجماعا) لكون الجناية جنسا متناولا للسارية والمقتصرة ثم مات من ذلك لا شيء عليه (والعمد من كل المال والخطاء من ثلثه) اي ثلث المال يعني ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال وان كان خطأ وعفا عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر من ثلث المال لان الدية مال وحق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح

من الثلث (الشج كالقطع) اى العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا عفا المشجوج عن الشجة فمات منها يضمن شاجه ارشه عند الامام لان العفو مورث للشبهة فلا يضمن القتل وعندهما لا يجب شئ اذ العفو عن الشجة عفو عن موجبه هو الارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفا عن الشجة فهو عفو عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطاء فهو عفو معتبر من الثلث ولو عفا عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا (وان قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على) موجب (يده ثم مات) المقطوع يده (فعليه مهر مثلها وعليها الدية فى مالها ان قطعت عمدا وعلى عاقلتها ان) قطعت (خطاء) هذا عند الامام لان العفو عن اليد او القطع لا يكون عفوا عن ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجها على القصاص فى الطرف وليس بمال على تقدير الاستيفاء فعلى تقدير السقوط اولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل فان قيل قد سبق ان القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه اجيب ان الموجب الاصلى للعمد هو القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تحمله فاذا وجبت له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها وان كان القطع خطاء يكون تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطاء ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة قيل ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها) يعنى السراية (او على الجناية ثم مات) من ذلك القطع (فعليه مهر المثل فى العمد) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو تزوجها على خمر او خنزير (ويرفع عن العاقلة (مقداره) اى مقدار مهر مثلها (فى الخطاء) ان كان مهر المثل اقل من الدية (والباقى) من الدية (وصية لهم) اى للعاقلة (فان خرج) الباقى (من الثلث سقط والا) اى وان لم يخرج الباقى من الثلث (فقدر ما يخرج منه) لانه تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن التزوج

من الجوانح الاصلية ولا تصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه تبرع ومكروه وصية والدية تجب على العاقلة وقد صار مهرا فتسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر (وكذا الحكم عندهما في الصورة الاولى) اي فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فافى جوابهما في القصاص اي في الخطأ والعمد (ومن قطعت يده فاقتص له من القاطع ثم مات) يعني لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له بان قطع يده ثم مات المقطوع الاول منه قتل القاطع اي اولياء المقطوع الثاني به وهو القاتل الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود اذ انه وفي طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اي من المقطوع الاول ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه) اي قاطع اليد (دية اليد) عند الامام لانه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة واذا سقط وجب المال (ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها) بنفسه بلا حكم حاكم كما في الدرر (فسرى) القطع (الى نفسه فمات) اي المقتص (دية النفس) عند الامام لان حقه في القطع لا في القتل والسراية كان قتلا لا قطعا فصار فيه بغير حق وما يتقيد بوصف السلامة هو من الواجبات كالرمي الى الحربي وما نحن فيه ليس منها اذ العفو مندوب لكن لم يجب القصاص لا بدرائه للشبهة فاوجب الى الدية (خلافا لهما فيهما) اي في هذه المسألة والمسألة التي قبلها اما في الاولى فلان اقدامه على القطع دليل على انه ابرأه عن غيره واما في هذه المسألة فلانه استوفى حقه وهو القطع فيهدر حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كما في سائر القصص كالامام والقاضي اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال اقطع يدي فقطعها ومات وفي المنح وضمان الصبي اذا مات من ضرب ابيه او وصيه تأديبا عليهما اي على الاب والوصي عند الامام كضرب معلم صبيا او عبدا بغير اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لا يضمنان وكذا يضمن زوج امرأة ضربها تأديبا

(باب الشهادة في القتل واعتبار حالته)

لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل

لان ما يتعلق بالشئ كان ادنى درجة من نفس ذلك الشئ (القود يثبت للوارث) بطريق الخلافة (ابتداء لابطريق الارث) عند الامام لانه يثبت بعد الموت والميت ليس اهلا لان يملك شيئا الا ماله اليه حاجة كالمال مثلا ولهذا يجهز وتقضى ديونه وتنفذ وصاياه من ماله وطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق الارث والفرق بينهما ان الوراثة تستدعى سبق ملك المورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا تستدعى ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ما ذكره صدر الشريعة ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى القتل اعتدى القاتل على المقتول بمثل مااعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان يكون المقتول ملكه ثم انتقل منه الى الورثة (فلايكون احدهم) اى احد الورثة (خصما عن البقية فيه) اى فى اثبات فعل القصاص بغير وكالة منهم فاذا اقيم القصاص اقيم بجميعهم (بخلاف المال) لان الميت اهل لان يملك المال ولهذا لونصب شبكة وتعلق به صيد بعد موته يملكه وعندهما يثبت بطريق الوراثة (فلو اقام احد اثنين حجة بقتل ابيهما عمدا والآخر غائب لزم اعادتها) اى اعادة الحجة (بعد عود الغائب) ليتمكن من الاستيفاء عند الامام وحاصله انه ليس للحاضر ان يستوفى القصاص قبل عود الغائب بل اذا اقام الحاضر البينة يحبس القاتل لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغائب فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لابد لهما من اعادة البينة (خلافا لهما) اى قالا لايلزم اعادتها بعد عود الغائب بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة (وفى) قتل (الخطاء والدين لاتلزم) اعادة البينة اذا جاء الغائب بعد اقامة الحاضر لان هذا لايوجب القود بل يوجب الدية فطريق ثبوته الوراثة اجماعا وحاصل الكلام ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعى مالا للميت اوعليه كما اذا ادعى احد الورثة شيئا من تركة الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلاحاجة الى الدعوى والاثبات من الباقين وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئا من التركة واقام عليه بينة تثبت على جميعهم بلاحاجة الى الدعوى والاثبات على الباقين (ولو برهن القاتل على عفو) الوارث (الغائب فالحاضر خصم) عن الغائب (ويسقط القود) اى لواقام القاتل البينة على الوارث الحاضر ان الوارث الغائب قدعفا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتقبل بينة العفو عليه لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص وانتقاله الى المال فاذا قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعا و يسقط القود عن القاتل لعدم التجزى و ينقلب الى الدية (وكذا اذا قتل عبدا لرجلين واحدهما غائب)

فالعام ابو ل مه على الاصراب ثم يكد الماب قديما ...

...) ويفتقل الى الوليين آه (ولو شهد وليا قصاص بعفو اخيهما لغت)
الثلث الشهادة اى اذا كان اولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهما على الثالث
انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب
القود مالا وهو حقهما لا أنهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما
معتبر في حق انفسهما وهذه المسئلة على وجوه اربعة ذكر الاول
بقوله (فان صدقهما) اى الوليين (القاتل فقط) وكذبهما المشهود عليه
(فالدية بينهم اثلاثا) لانه بتصديقه اياهما اقر لهما بثلثي الدية فلزم وادعى
بطلان حق الشريك فلا يصدق فتحول مالا فغرم القاتل الدية اثلاثا وذكر
الثاني بقوله (وان كذبهما) اى القاتل بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو
(فلا شئ لهما) اى للوليين الشاهدين (وللآخر ثلث الدية) لانهما
بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما في حق
انفسهما وادعيا انقلابه مالا ولا تصدق دعواهما الا بحجة وللولي المشهود
عليه ثلث الدية لان دعواهما عليه العفو وهو منكر في حق نصيبه مالا
لان سقوط القصاص مضاف اليهما وذكر الثالث بقوله (وان صدقهما
الآخر فقط) دون القاتل (غرم القاتل له) اى للآخر (ثلث الدية)
يعنى غرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك (ثم يأخذ ثلثه) اى يأخذ
المقر ان ثلث (منه) اى من الشريك المصدق لان زعم الشريك انه عفا
بتصديق الشاهدين فلا شئ له على القاتل وانهما على القاتل ثلث الدية وما في يد
الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما
لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي
وانما هو لفلان فان ذلك يصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس
ان لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر
به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه ان القاتل
بتكذيبه للشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص لم يسقط
بشهادتهما كما ادعاه والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب
الى غيره فتحول الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي
كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما ذكرنا في المتن (وان اختلف
شاهدا القتل في زمانه) اى زمان القتل (او مكانه او) في (آلته) بان قال
احدهما قتله بعصا وقال الآخر قتله بالسيف (او قال احدهما قتله بعصا
وقال الآخر لا ادري بأى شئ قتله بطلت) شهادتهما لان القتل لا يتكرر والقتل

في زمان اومكان غير القتل في زمان آخر ومكان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة اخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول ولم يوجد ولان القاضي تيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ماذكر واذابين احدهما الآلة وقال الآخر لاادرى بماذاقتله فلاتقبل شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف حكمهما كالصورة الاولى فلاتقبل واما اذاشهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول وقدتقرر في كتاب الشهادة انه لايجمع بين قول وفعل وكذا تبطل الشهادة لوكمل النصاب في كل واحد منهما بان شهد شاهدان انه قتله يوم الجمعة واخران انه قتله يوم السبت اوشهدا كذلك في المكان لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول ولوكمل احد الفريقين دون الاخر قبل الكامل منهما لعدم المعارض كما في المنح (وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة) بان قالا لاندرى باى شئ قتله (لزمت الدية) استحسانا والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اجاز الكذب في اصلاح ذات البين على ماورد به الحديث ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا فهذا مثله اواحق منه فيحمل عليه وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلايثبت الخطاء بالشك (ولواقر كل واحد من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله) اى للولى (قتلهما) جميعا لان تكذيب الولى في بعض ماافربه وهو الانفراد بالقتل لايبطل الاقرار وان كان فيه التفسيق لان فسق المقر لايمنع صحة الاقرار وكذا لوقال الولى لاحدهما انت قتلته له ان يقتله دون الاخر ولوقال الولى في صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق فيقتلهما باقرارهما ولواقررجل بانه قتله فقامت البينة على آخر انه قتله كلاهما كان الولى قتل المقر دون المشهود عليه ولوقال الولى لاحد المقرين صدقت

انت قتلته وصدقه كان له قتله كما اذا قال ذلك لاحد الشهود شهودا شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية وجاء المشهود بقتله حيا ضمنت العاقلة الولي او الشهود ورجع الشهود على الولي والعمد كالخطأ الا في الرجوع ولو شهدا على اقراره او شهدا على شهادة غيرهما في الخطأ لم يضمنا وضمن الولي الدية لما قلنا كما في التنوير (ولو شهدا بقتل زيد عمرا و) شهد (آخران بقتل بكر اياه وادعى وليه قتلهما لغتا) اي الشهادتان لان تكذيب الولي الشاهد في بعض ما شهد به وهو الانفراد في القتل يبطل الشهادة اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول (والمعتبر حالة الرمي) لان الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده يوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان عند ذلك (لا الوصول) اي ليس المعتبر حالة الوصول (فتبدل حال المرمي) عند الامام (فلو رمى مسلما) عمدا (فارتد فوصل) السهم (اليه فمات تجب الدية) عنده لان الضمان لورثة المرتد لكونه معصوما وقت الرمي لا القصاص لاندرائه بالشبهة فتجب الدية (خلافا لهما) اي لا شيء على الرامي لان التلف حصل في محل غير معصوم فيكون هدرا ولان المرمي اليه كان مبرئا بالارتداد عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت (ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لا يجب شيء اتفاقا) وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك (وان رمى عبدا فاعتق فوصل) السهم اليه بعدما اعتق (فعليه) اي على الرامي (قيمته لمولاه) عند الشيخين لانه يصير قاتلا من وقت الرمي وقد صار هو مملوكا في تلك الحالة فتجب قيمته (وعند محمد) عليه (فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي) لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الفا وبعده ثمانمائة يلزم الرامي مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان الرمي يصير علة عند الاصابة اذ علة الاتلاف لا تصير من غير تلف يتصل به وقد تلف بدليل (وان رمى محرم صيدا فحل) من احرامه قبل الاصابة (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (وجب الجزاء) اذ الاعتبار بحالة الرمي (وان رماه حلال فاحرم) بعد الرمي (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (فلا) يجب الجزاء لان رميه وقع حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه (وان رمى من قضي عليه برجم) اي اذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل (فرجع شهوده) بعدما رمى (فوصل) بعد رجوع الشهود (لا يضمن) الرامي لما ان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (ولو رمى مسلم صيدا فتمجس) اي صار مجوسيا (فوصل حل) الصيد (وفي العكس) يعني لو رمى مجوسي صيدا فاسلم فوصل (يحرم) لان المعتبر حالة

زي وهو اذ صل في مسائل هذا الباب وذلك بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له بالردة على ما بينه في اول هذا الفصل كافي المنح

(كتاب الديات)

وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات كون الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة ولما كان القصاص اشد صيانة قدم موجبه والديات جمع دية وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس قال المولى المعروف باخي چلپي ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وواوها محذوفة كذا في المغرب (الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا) يعني ان الدية المغلظة في شبه العمد تكون اربعة انواع بينها بقوله (بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) وسبق تفسير الكل في كتاب الزكوة (من كل) اي من كل واحد منها (خمس وعشرون) فيكون جملتها مائة هذا عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعي (ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون ثنية) فقد سبق تفسيرها في كتاب الزكوة (كلها) اي كل الثنيات (خلفات) بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام والفاء جمع خلفة وهي الحاصل من النوق فيكون قوله (في بطونها اولادها) صفة كاشفة وفي غاية البيان ان تغليظ الدية مروي عن ابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنهم لكن اختلفوا في كيفية التغليظ فعند الشيخين ما ذكر اولا وعند محمد والشافعي ما ثانيا لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد بالسوط والعصى والحجر فيه دية مغلظة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطاء المحض ودليل الشيخين قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وجه الاستدلال به ان الثابت عنه صلى الله تعالى عليه وسلم هو هذا وما رواه محمد والشافعي غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في صفة التغليظ فان عمر رضي الله تعالى عنه وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنهم قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله تعالى عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه مثل ما قلنا ولا مدخل للرأي في المقادير فكان كالمرفوع وصار مرفوعا روياه واذا تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى في النهاية وذكر في المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب ابن يزيد ان النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه

لم يرده لتغليظ لانها في الخطأ فيجب احمالها ثم ان المراد به شبه العمد على انه قال عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد ادنى ما يكون منه فكان ما قلناه اولى ولان الدية المتيقن موصفا والمجمل لا يجوز ان يثبت شئ من الموصوفات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا والاثم انما في ليس التغليظ من حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الحوامل خيار الصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها كرائم اموالها فكذلك في الديات (ولا تغلظ في غير الابل) اى لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار (وهى) اى الدية المغلظة (في شبه العمد) لما روى من الحديث وهو قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة (و) الدية (المخففة) مبتدأ خبره قوله الف دينار (وهى) اى الدية المخففة (في الخطأ وما بعده) مما يجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب (من الذهب الف دينار) قيمة كل دينار عشرة دراهم فقوله من الذهب حال من الف قدمت على صاحبها (ومن الورق) بفتح الواو وكسر الراء الفضة (عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعي اثنى عشر الف درهم لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رجلا قتل فجعل النبي عليه السلام ديته اثنى عشر الف درهم رواه ابو داود والترمذي ولنا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلناه اولى للتيقن به لانه اقل ونحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم من زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضى الله تعالى عنه على ما حكاه الحازى فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه السلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة اى العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحد قدر دينار والثاني وزن ستة اى العشرة منها وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اى العشرة منها وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضى الله تعالى عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلث درهم فصار ثلث المجموع وتمامه في التبيين فليراجع (ومن الابل مائة) قيمة كل ابل مائة درهم حال كونها (اخماسا ابن مخاض) ذكر وبنت مخاض (وبنت لبون وحقة وجذعة من كل) واحد منها (عشرون) لما روى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ان النبي عليه السلام قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه ابو داود والترمذي واحمد والشافعي اخذ بهذا

غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (ولادية من غير هذه الاموال) اى من النقدين والابل عند الامام لان مالية [illegible] مجهولة فلا يجوز التقدير واما تقدير فمعروف بالآثار المشهورة (وقالا منها) اى من هذه الانواع (ومن البقر ايضا مائتا بقرة) قيمة كل بقرة خمسون (ومن الغنم الفا شاة) كل شاة خمس (ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) اى ازار ورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها (وكفارة شبه العمد والخطاء) وماجرى مجرى الخطاء (عتق) اى اعتاق (رقبة مؤمنة فان عجز) عن الاعتاق (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وشبه العمد خطاء فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتناولهما الآية (ولااطعام فيها) اى فى هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير لاتجب الاسماعا (وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم) للكفارة لانه يكون مؤمنا بالتبعية لقوله عليه السلام والولد يتبع خيرا لابوين دينا ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة اطرافه حتى اجاز التكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لايصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولاكذلك فى الاتلاف فافترقا (لا) اعتاق (الجنين) لانه لم تعرف حيوته ولاسلامته بعد (و) الدية (المرأة فى النفس ومادونها نصف ما للرجل) روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى لاينتصف الثلث ومادونه يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية اودون ذلك فالمرأة والرجل فيه سواء وان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل (و) يجب (للذمى مثل ما للمسلم) فى النفس والاطراف عندنا لقوله عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار ولتساويهما فى الحيوة والعصمة وكذا حكم المستأمن لماروى انه عليه السلام جعل ديته كالذمى وعند الشافعى دية الكتابى ثلث المسلم وهى اربعة آلاف درهم اذدية المسلم عنده اثنى عشر الف درهم كما ذكر ودية المجوسى خمس ثلث دية المسلم وهو ثمانمائة درهم وعند مالك دية الكتابى نصف دية المسلم وهو ستة آلاف درهم اذدية المسلم عنده ايضا اثنى عشر الف درهم

(فصل)

(فى النفس الدية) انماذكر دية النفس فى اول هذا الفصل مع انه معقودلبيان

استعماله بعد ذلك هو نتيجة ابطاله والمشاق لما ... ونحوه لعدم المحدث وهو قوله عليه السلام في الانف الدية وفي قصب الدية وفي المارن الدية الجمهور فيه (والمارن) وهو ما لان من الانف الدية (و) كذا (في اللسان) الدية (ان منع النطق) لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي ستة عشر حرفا التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام والمقصود ولهذا قال (او) منع (اداء اكثر الحروف) لفوات منفعة الافهام (وفي الصلب) الدية (ان منع الجماع) او قطع الماء (وفي الافضاء) الدية (اذا منع استمساك البول) لانه من جنس المنفعة (وفي الذكر) الدية لان فيه تفويت المنفعة وهي الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وفي الزيادة وان قطع الذكر من اصله ان خطأ فدية وان عمدا اختلف الروايات وفي المنتقى لا قصاص فيه قالوا وهو قول محمد وعن الثاني ان في الحشفة القصاص واذا قطع بعضها فلا قصاص (وفي حشفته) اي حشفة الذكر الدية لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها (وفي العقل) الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع في معاشه ومعاده (وفي السمع وفي البصر وفي الشم وفي الذوق) يعني في كل منها الدية كاملة لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه منكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل ثم ينادى فان اجاب علم انه لم يذهب وان لم يجب فهو ذاهب وروي عن اسماعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لا تسمع وتصامت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها

لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر كذبها
(وفى اللحية ان لم تنبت) الدية (و) كذلك (فى شعر الرأس) الدية ان لم تنبت
يعنى اذا حلق اللحية او الرأس ولم ينبت الشعر فيجب الدية فى كل واحد منهما
لأنه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لا تجب فيه الدية وتجب
حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق
الرأس واللحية فى بعض البلاد فلا تتعلق بهما الدية كشعر الصدر والساق
اذ لا تتعلق به منفعة ولنا قول على رضى الله تعالى عنه فى الرأس اذا حلق ولم ينبت
الدية كاملة والموقوف فى مثل هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه
بالرأى واما لحية العبد وقد روى الحسن عن الامام انه يجب فيه كمال القيمة
ولا يلزمنا والجواب ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت
بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى
الشارب حكومة عدل وانما وجب فيه حكومة عدل لانه تابع اللحية وفى هذا
التعليل اشارة الى ان الواجب فى بعض اللحية حكومة عدل اذا كان دون
النصف اما اذا كان النصف فالواجب به نصف الدية كما فى البزازية وذكر الفضلى
نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقى فيجب بحسابه واذا نبت بعض اللحية
فحكومة عدل انتهى (وكذا الحاجبان) يجب فيهما الدية وفى احدهما نصف
الدية خلافا للشافعى ومالك فانه يجب عندهما حكومة عدل (و) كذا
(الاهداب) لانه يفوت بها الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو دفع
القذى عن العينين (وفى العينين) الدية لان جنس المنفعة يفوت بفوتهما
(وفى الاذنين والشفتين وفى ثدى المرأة) انما قيد بثدى المرأة لان فيه تفويت
منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة ولا الجمال
على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية
وفى احديهما نصف الدية (وفى اليدين وفى الرجلين وفى اشفار العينين) جمع
شفر وهو منبت الاهداب من طرف الجفن اخذ من شفر الوادى وانما وجبت
الدية فيما ذكر لفوات الجمال والمنفعة (وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن)
كالاذن والشفة واليد والرجل مثلا (نصف الدية) لان النبى عليه السلام
كتب لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه وفى العينين كل الدية وفى احدهما نصف
الدية ولان فى تفويت الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال فيجب كل
الدية وفى تفويت احديهما تفويت النصف فيجب نصف الدية (وفى) كل
واحد (مما هو اربعة) من البدن (ربعها) اى ربع الدية كالاشفار (وفى كل
اصبع من يد او رجل عشرها) لقوله عليه السلام فى كل اصبع عشر من الابل

(وفى كل مفصل منها) اى من الاصابع (مما فيه مفصلان) كالابهام (نصف عشرها) اى نصف عشر الدية (ومما فيه ثلاثة مفاصل) كباقى الاصابع فى كل مفصل (ثلثه) اى ثلث عشر الدية تنقسم عشر الدية على المفاصل كانقسام دية اليد على الاصابع (وفى كل سن نصف عشرها) وهو خمس من الابل لقوله عليه السلام وفى كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم (وكل عضو ذهب نفعه ففيه) اى فى ذلك العضو (دية وان كان قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها) بالضرب لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بلا منفعة لكونها تابعة ولا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كالاتلاف اليد التى خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة كذا فى التبيين

(فصل)

(لاقود فى الشجاج) فصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسما وحكما وانما لم يجب القود فيه لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام لا قصاص فى العظم هذه رواية الحسن عن الامام وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة (الا فى الموضحة ان كانت عمدا) بالاتفاق لما روى انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينتهى السكين الى العظم ولانه يمكن ان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتساويان فيتحقق القصاص (وفيها) اى فى الموضحة خطاء (نصف عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام قال فى الموضحة خمس من الابل (وهى) اى الموضحة الشجة (التى توضح العظم) اى تبينه (وفى الهاشمة) خبر مقدم للمبتدأ الآتى وهو قوله عشرها (وهى) اى الهاشمة الشجة (التى تهشم العظم) اى تكسرها (عشرها) اى عشر الدية لقوله عليه السلام وفى الهاشمة عشر من الابل (وفى المنقلة وهى التى تنقل العظم) اى تحوله بعد الكسر (عشر ونصفه) اى عشر الدية (ونصفه) اى نصف عشرها فيكون خمسة عشر من الابل لقوله عليه السلام وفى المنقلة خمسة عشر من الابل (وفى الآمة وهى) الشجة (التى تصل الى ام الدماغ) وهى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ (ثلثها) اى ثلث الدية لما روى انه

عليه السلام قال وفى الآمة وروى وفى المأمومة ثلث الدية (وكذا فى الجائفة) اى يجب ثلث الدية فى الجائفة ايضا (وهى الجراحة التى تصل الى الجوف فان نفذت) اى الجائفة الى الجانب الآخر (فهما جائفتان ويجب ثلثاها) اى ثلثا الدية لماروى عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى كل من الحارصة) بالحاء والراء والصاد المهملات (وهى التى تشق الجلد) ولاتخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة (وهى التى يخرج منه) اى من المجروح (مايشبه الدمع) يعنى تظهر الدم ولا تسيله بل تجمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين (والدامية وهى التى تسيل الدم) وفى القهستانى نقلا عن الذخيرة الدامعة على ماذكره الطحاوى شجة تسيل الدم وعلى ماذكره شيخ الاسلام مايسيله اكثر مما يكون فى الدامية فالدامية على ماذكره مايدمى الجلد سواء كان سائلا اوغير سائل وعلى ماذكره الطحاوى مايدميه ولايسيله وفى الظهيرية هى مايدميه من غير ان يسيله وهو الصحيح والدامعة مايسيله كدمع العين (والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة (وهى التى تبضع الجلد) اى تقطعه مأخوذ من البضع وهو القطع (والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم) وتقطعه بعد قطع الجلد من تلاحم اى التأم وتلاصق سميت بذلك تفؤلا كما سمى اللديغ سليما (والسمحاق) بكسر السين المهملة وسكون الميم والحاء المهملة (وهى جلدة) رقيقة (فوق العظم) تحت اللحم (تصل اليها) اى الى تلك الجلدة الرقيقة (الشجة حكومة عدل) بالاجماع مبتدأ مؤخر خبره ماتقدم من قوله وفى كل من الحارصة الى اخر ماذكر وسيأتى تفسير حكومة عدل وانما وجبت لانه ليس فى كل منها ارش مقدر شرعا ولايمكن الاهدار فوجب الاعتبار بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز (وعن محمد فيها) اى فيما ذكر من انواع الشجاج (القصاص) اذا كان عمدا (كالموضحة) وقد تقدم انها ظاهر الرواية فى اول الفصل والشجاج تختص بالوجه والرأس والجائفة بالجوف والجنب والظهر وماكان فى غيرهما يسمى جراحة لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم لمعنى الشين وهو فى الرأس والوجه ولهذا قال (وما سوى ذلك) اى مافى الوجه والرأس والجوف والجنب والظهر (جراحات) وفى الهداية واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما مافيه ارش مقدر لايجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من

غيرها وقد يعرف بمعنى الواحدة ايضا (وفيها) اى فى الجراحات (حكومة عدل وهي) اى حكومة العدل على ما قاله الطحاوى (ان يقوم) المجروح (بلا هذا الاثر ومعه) اى مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين (فقدر ما نقص من قيمته وجب بنسبته من ديته) مثلا يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالتفاوت بينهما مائة درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهي عشرة الاف درهم وعشرها الف درهم فهو حكومة عدل (وبه يفتى) اى بما ذكر من هذا التفسير لحكومة العدل وفيه يفتى احترازا عما ذكره الكرخي وهو ان ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه قيل قول الكرخي اصح وقاله الطحاوى لان عليا رضي الله تعالى عنه اعتبر بهذا الطريق فى قطع طرف لسانه (وفى قطع اصابع اليد) الواحدة (وحدها او مع الكف نصف الدية) لان الارش لا يزيد بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب فى كل اصبع عشر من الابل فكان فى الخمس خمسون وهو نصف الدية (و) فى قطع الاصابع (مع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل) وهو رواية عن ابى يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لا وجه لان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع كما فى الهداية (وفى قطع كف فيها اصبع عشر الدية وان كان فيها اصبعان خمسها ولا شيء فى الكف) وهذا عند الامام لان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهى القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه عليه السلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب فى اليد نصف الدية وجعل فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة اصابع كل الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة (وعندهما يجب الاكثر) من ارش الكف ودية الاصبع والاصبعين (ويدخل الاقل فيه) اى فى الاكثر لانه لا وجه للجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة (وان) كان (فيها) اى فى الكف (ثلاث اصابع

فدية الاصابع الثلاث ولا شئ في الكف اجماعا لان الاصابع اصول والا تبع لكن الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة (وهي) اي دية هذه الاصابع الثلاثة (ثلاثة اعشار) الدية (اجماعا) يعني لزوم دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه (وفي الاصبع الزائدة حكومة) اي حكومة عدل تشريفا للآدمي لانها جزء الآدمي ولكن لامنفعة فيها ولا زينة (وكذا) اي يلزم (في الشارب حكومة عدل) في الصحيح لانه تابع اللحية فصار طرفا من اطراف اللحية (ولحية الكوسج) اي يلزم فيها حكومة عدل قال الزيلعي بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقها الشين بالحلق بل بقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون انظر من قلم ظفر غيره بغير اذنه (و) يجب (في ثدي الرجل) حكومة عدل (و) كذا (في ذكر الخصي والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء) فانه لا يجب في هذه الاشياء الدية لعدم فوات جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب فيها حكومة العدل تشريفا للآدمي لانها اجزاء منه وقال الشافعي يجب دية كاملة في ذكر الخصي والعنين لقوله عليه السلام وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة وهي الايلاج والانزال والاحبال هي المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب فيها الدية كالعين القائمة بلاضوء واليد الشلاء (وكذا) تجب حكومة عدل (في عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك) اي صحة كل منها (بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه) لان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة الالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت وان علمت الصحة فيه بما ذكره فحكمه حكم البالغ في العمد والخطاء (وان شج) رجل (رجلا) موضحة (فذهب عقله او شعر رأسه) ولم ينبت (دخل ارش الموضحة في الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها (وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا يدخل) ارش الموضحة في الدية لان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء كما مر هذا عند الطرفين وعند ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والنطق ولا تدخل في دية البصر قيل هذا اذا كان خطاء

كما اذا شج رجلا موضحة فذهب بذلك سمعه وبصره فلا قصاص
فى شئ من ذلك عند الامام ولكن تجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر
وعندهما يجب القصاص فى الشجة وتجب الدية فى السمع والبصر (وان ذهب
بها) اى بالموضحة (عيناه) فلا قصاص (وتجب ارشها) اى ارش الشجة
(وارش العينين) عند الامام (وعندهما يجب (القصاص فى الموضحة
والدية فى العينين) والاصل فى ذلك عنده ان الفعل اذا اوجب مالا فى البعض
سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما فى العضوين
يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب (ولا قصاص
فى اصبع قطعت فشلت اخرى جنبها) بل يجب الارش عند الامام لان
القصاص غير واجب لعدم المماثلة لان قطع الثانى على وجه يوجب شلل الاخرى
غير ممكن (وعندهما) وهو قول زفر والحسن (يقتص فى المقطوعة وتجب
الدية فى الاخرى) التى شلت لان القصاص واجب بالنصوص (ولو قطع مفصلها)
اى مفصل الاصبع (الاعلى فشل ما بقى) من المفصل كما فى الرمز شرح
الكنز وقول صاحب الهداية وغيره فشلت ما بقى من الاصبع محل تأمل تدبر
(فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة) اى حكومة عدل (فيما شل)
وانما وجبت الدية لانه مقدر شرعا وتلزم الحكومة فيما بقى لانتفاء تقدير الشرع
فيه (ولا) قصاص (او كسر نصف سن فاسود باقيها بل) تجب (دية
السن) كلها (وكذا لو احمر) باقيها (او اخضر او اصفر) الاصل فى هذا عنده
ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا فى البعض اسقط القصاص سواء كانا عضوين
او عضوا واحدا (ولو اسودت كلها بضرب به وهى) اى السن (قائمة فالدية
فى الخطاء على العاقلة وفى العمد فى ماله) ولا يجب القصاص لانه لا يمكن للمجنى
عليه ان يضربه ضربا يسوده بل تجب الارش فى الخطاء على العاقلة وفى العمد
فى ماله (ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها) عند الامام
لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها
اخرى فلم تفت المنفعة ولا الزينة (خلافا لهما) لان الجناية قد تحققت والحادثة
نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال
اخر (وفى سن الصبى يسقط اجماعا) لان سن الصبى لا تستقر فى مكانها فوجودها
كعدمها فلا بد من قلعها ثانية وعن ابى يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان
الالم الحاصل (وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها) اى السن (فنبت
عليها اللحم لا يسقط ارشها اجماعا) وعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به
اذ العروق لا تعود وقال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالتها الاولى بعد الثبات

في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلاشيء عليه (وكذا لوقطع اذنه فالصقها فالتحمت) يعني يجب على القالع ارشها لانها لاتعود الى ما كانت عليه (ومن قلعت سنه فاقتص من قالعه ثم نبتت) اي نبت مكانها اخرى (فعليه دية سن المقتص منه) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية (ويستأنى في اقتصاص السن واقتصاص الموضحة حولا) الاستئناء الانتظار كما في المغرب (وكذا لوضرب سنه فتحركت فلواجله القاضي فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا) في سبب سقوطها (فان قبل مضي السنة فالقول للمضروب وان بعد مضيها) فالقول (للضارب) وفي المنح ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لاتورث لمنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للسن ولم تسقط فلاشيء على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس وبين العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل اذا لم تفوت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لاتوجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة (ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش) عند الامام (وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل) لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل (وعند محمد) عليه (اجرة الطبيب) لان ذلك لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفسر في شرح الطحاوي قول ابي يوسف عليه الارش باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لاخلاف بين ابي يوسف ومحمد وللامام ان الموجب الاصلي هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لاتتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او شبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لايوجب شيئا لانه لاقيمة له (وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره) فهو على

الاختلاف المذكور في سقوط الارش عند الامام ووجوب الارش عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد (وان لم يبق) اثر (فحكومة عدل بالاجماع) وقيد المسئلة بقوله اوجرحه لانه اذا ضربه ولم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق كذا في النهاية (ولا قصاص لجرح او طرف او موضحة الا بعد البرء) وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روى عنه عليه السلام انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان تسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء (وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته في مال القاتل) لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث) وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح ولما روي ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله تعالى عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة الرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي هو اعذر واولى بهذا التخفيف ولانه لا تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما في الهداية (والمعتوه كالمجنون) في لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث

(فصل)

في الجنين (ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم) وانما سميت الغرة غرة لانها اول المقادير في الديات واول الشيء اوله في الوجود ولهذا يسمى اول الشهر غرة لانه اول شيء يظهر منه كما في التبيين ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم سواء كان ذكرا او انثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة والقياس ان لا يجب شيء في الجنين لانه لم يتيقن بحياته وانما وجب استحسانا لما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس

ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل مادون خمسمائة درهم ويجب في السنة وقال الشافعي في ثلاث سنين (فان القته) اي الجنين (حيا فمات فدية) اي فعليه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان) القت (ميتا) سواء كان الجنين ذكرا او انثى (فماتت الام فغرة) للجنين (ودية) للام لانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا رمى شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كان خطاء وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما في التبيين (وان ماتت) الام (فالقته) اي الجنين (حيا فمات) الجنين (فديتها) اي تجب دية الام (وديته) اي دية الجنين لانه قاتل شخصين (وان) ماتت الام بالضرب ثم القت الجنين (ميتا فديتها) اي دية الام (فقط) ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك (وما يجب في الجنين يورث عنه) لانه بدل نفسه (ولا يرث منه الضارب) لكونه قاتلا مباشرا ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة (وفي جنين الامة نصف عشر قيمته) اي الرقيق (لو ذكرا وعشر قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفس الجنين فيقدر بها (وعند ابي يوسف ان نقصت الام ضمن نقصانها والا فلا ضمان) اي قال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام بالقائها الجنين اعتبارا بجنين البهيم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده فيجاز لا عتبار على اصله (فان ضربت) اي الامة (فحرر سيدها حملها فالقته حيا فمات تجب قيمته) حيا (لا ديته) لان الحكم يترتب على سببه فسبب القتل هنا الضرب السابق فحمل عليه فلزمته قيمته حيا اذ السبب وقع في حالة الرق وقدمر ان العبرة بحالة الرمي لا الوصول فلا تجب الدية (ولا كفارة في) اتلاف (الجنين) لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص ولا في معناه من كل وجه ولذا لم يجب فيه دية كاملة وان تبرع بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا وقال الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه فالاتلاف النفس يوجب الكفارة لما فيها من معنى العبادة والاستغفار (و) الجنين (المستبين بعض خلقه كتام الخلق) اي الجنين

اذى انسانا بعض حائط كالحبس العامر في جميع ما ذكر من الاحكام (وان شربت دواء او عالجت) فرجها (لتطرح حملها) حتى طرحته (فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن منه) لانها المتعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة (وان) فعلت ذلك (باذنه فلا) تجب الغرة على عاقلتها اذ لم يوجد منها التعدي بسبب استيذانها والله اعلم

(باب ما يحدث في الطريق)

لما فرغ من احكام القتل مباشرة شرع بذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكنه وقوعه (من احدث في طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا الجرصن قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه وقيل مجرى ماء يركب في الحائط وهو بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد المهملة (او دكانا وسعه ذلك ان لم يضر بهم) اي بالعامة لان الطريق معد للطريق اله الانتفاع ما لم يتضرر العامة به واما عند تضررهم فلا لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فاتحقق عند التضرر اثم باحداثه (ولكل منهم) اي من العامة (رفعه) ومطالبته بالنقض لان كل واحد منهم له حق المرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين فلا ينقض كذا روي عن محمد وتفصيل الكلام في هذا المقام انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا وهل لاحد الخصومة في منعه من الاحداث وفي رفعه بعده وهل لهم عن قيمة بسبب الاحداث اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر اهل الطريق فليس له ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز واما الخصومة فقد قال الامام لكل احد مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع اضر او لم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان التدبير في امور العامة مفوض الى رأي الامام وعن ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له في احداثه شرعا واما الانتفاع بالاحداث فيأتي في محله مشروحا (وفي الطريق الخاص لا يحدث احد شيئا) الا باذن الشركاء (وان لم يضر) لانه مملوك لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم بخلاف العام فانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز له

الانتفاع به مالم يضر باحد (وعلى عاقلته دية من مات بسقوطه فيهما) كما لو حفر بئرا فى طريق خاص اوعام اووضع حجرا فيه فتلف به انسان فيجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداثه (وكذا لو عثر بنقضه انسان) فيجب الدية على العاقلة لما ذكر من التسبب (وان وقع العاثر على آخر فماتا فالضمان على من احدثه) يعنى اذا مات العاثر والآخر الذى مات بوقوعه عليهما فضمان ديتهما على المحدث فى الطريق ما به الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكانه دفعه بيده على غيره ولاضمان على الذى عثر لانه مدفوع فى هذه الحالة فكان كالآلة (وان اصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلاضمان وان) اصابه (الطرف الخارج ضمن) يعنى اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله ينظر ان كان ذلك الطرف متمكنا فى الحائط فلاضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لمالانه وضعه فى ملكه وان كان الذى اصابه هو الطرف الخارج من الحائط ضمن الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولاضرورة لانه يمكن ان يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا بالاحوال لانه يضمن فى حال ولايضمن فى حال فيتوزع الضمان على الاحوال لان فيه النظر من الجانبين (كمن حفر بئرا ووضع حجرا فى الطريق فتلف به انسان) قوله فى الطريق متعلق بحفر ووضع على التنازع وقوله فتلف به انسان اى يضمن الدية عاقلته يعنى كما ان من حفر بئرا او وضع حجرا فى طريق فتلف به انسان تكون ديته على عاقلة الحافر اوالواضع فكذا تجب الدية على عاقلة من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب والجرصن والدكان (وان تلف به بهيمة فضمانها فى ماله) اى اذا تلف بالحفر اوالوضع اوالسقوط بهيمة فضمان تلك البهيمة فى مال المتسبب ذكر اما الضمان فلانه متعد فيه فيضمن واما عدم تضمين العاقلة فلان العاقلة لاتحمل ضمان المال وانما تحمل ضمان النفس (والقاء التراب واتخاذ الطين) فى الطريق (كوضع الحجر) فى وجوب الضمان لان كل ذلك تسبب بنوع من التعدى (وهذا) اى وجوب الضمان (اذا فعله) اى جميع ما ذكر (بلا اذن الامام) فانه يضمن لوجود التعدى (فان فعل شيئا من ذلك باذنه) اى الامام (فلا ضمان) لانه غير متعد حيث فعل مافعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف فى حق غيره اوبالافتيات على رأى الامام كما فى الهداية والافتيات الاستبداد بالرأى كما فى المغرب وكذا لو حفر فى ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذلك اذا حفر فى فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه

وقيل هذا اذا كان الماء قليلا فلو كان اذا كان له حق الخروج لانه غير متعمد (ولو مات
او وقع في البئر جوعا او غما فلا ضمان على حافره وان) وصلية حفر (بلا اذن
الامام) لانه مات بعلل نفسه وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات
من الوقوع (وعند محمد عليه الضمان) في الوجوه كلها لان ذلك حصل بسبب
الوقوع في البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما (وكذا عند ابي يوسف)
عليه الضمان (في الغم لا في الجوع) لانه لا سبب ثم سوى الوقوع فيه
واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر (وان وسع بئرا حفرها آخر فضمان
ما اصابه على الثاني) لان فعل الاول قد انفسخ وكان الضمان على الذي خرابه
لفراغ ما شغله واما اشتغل بفعل الثاني موضع آخر (ولو اشرع) اي اخرج
(جناحا) الى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن ثم قال الروشن الكوة
وقال في المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن هو الخشبة
الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور وقال صدر الشريعة اشراع
الجناح اخراج الجذوع الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا (ثم باعها)
اي الدار (فضمان ما اصابه) اي بالجناح (عليه) اي على البائع لان فعله
وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه عنه (وكذا لو وضع خشبة في الطريق
ثم باعها) اي الخشبة (وبرئ) البائع (الى المشتري) متعلق برئ على تضمين
معنى الانتهاء كاني احمد الله اليك (منها) اي من الخشبة (فتركها) اي الخشبة
(المشتري فضمان ما تلف بها) اي بالخشبة (على البائع) ايضا لان فعله
وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو اعني الوضع موجب للضمان
(ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق) ذلك الجمر (شيئا ضمنه) اي يضمن الواضع
ما احرقه لانه متعد في ذلك الوضع (ولو احرق بعد ما حركته) اي الجمر (الريح
الى موضع) آخر (لا يضمن) لنسخ الريح فعله (ان كانت) اي الريح
(ساكنة عند وضعه) اي الجمر وفي النهاية لو حركت الريح عين الجمر واعادته
لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا ذهبت بشررها فاحرقت شيئا فان الضمان عليه
في ذلك لان الريح اذا ذهبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية في مكانها
وكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقد مر ذلك مفصلا وقيل اذا كان
اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار السرخسي وكان الحلواني لا يقول بالضمان من
غير تفصيل (ويضمن من حمل شيئا في الطريق ما تلف بسقوطه) اي المحمول
(منه) اي من الحامل يعني من حمل شيئا في الطريق وسقط المحمول على
انسان او غيره فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع في الطريق على رأسه او على
ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او الصيد

(و كذا) يضمن (من ادخل حصيرا) او قنديلا (او حصاة الى مسجد غيره) اى غير حيه (بلا اذن فعطب به احد) هذا عند الامام لان تدبير امور المسجد مسلم الى اهله دون غيره فيكون فعل الغير تعديا او مقيدا بشرط السلامة فقصد القربة والخير لاينا فى الغرامة اذا اخطأ الطريق (خلافا لهما) لان عندهما لا يضمن لان القربة لاتتقيد بشرط السلامة (ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لايضمن اجماعا) لان هذه من القرب وكل واحد مأذون فى اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان مافعلهم مباحا مطلقا (وكذا) لايضمن (لو تلف شئ بسقوط رداء هو لابسه) اذ اللابس لايقصد حفظ مايلبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة وعند محمد اذا لبس مالا يلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفى الحمل يضمن (ومن جلس فى المسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لايضمن على كل حال والى هذا اشار بقوله (ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلوة او للتعليم او بقراءة القرآن او نام فيه فى اثناء الصلوة وبين ان يمر فيه لحاجة) من الحوائج (او يقعد للحديث) وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ماقالاه لان المسجد انما بنى للصلوة والذكر ولايمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة فيكون ملحقا بها لان ماثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بنى للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لمايلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولاغرر وان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر والى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب الامام ان الجالس للانتظار لايضمن وانما الخلاف فى عمل لايكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث (ولا) فرق ايضا (بين مسجد حيه وغيره) فى الصحيح (اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لايضمن بلا خلاف) وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت ابابكر يقول ان جلس لقراءة القرآن او معتكفا لايضمن بالاجماع كما فى المنح (وفى الجالس مصليا لايضمن اجماعا وان كان) الجالس (من غير اهله) لان المسجد بنى للصلوة فلايكون متعديا بذلك (ولو استأجر رب الدار عملة) جمع عامل (لاخراج الجناح او الظلة) من الدار (فتلف به) اى بالاخراج شئ (فالضمان عليهم) ان كان التلف (قبل فراغ عملهم) لان التلف بفعلهم

وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان) كان التلف (بعده) اى بعد فراغ عمله (فعليه) اى الضمان يكون على المستأجر استحسانا لانه صح الاستيجار حتى او استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (ويضمن من صب الماء فى الطريق العام ما عطب به) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (وكذا اذا رشه) اى رش الماء (بحيث يزلق فيه) من يمشى عليه (او توضأ به) اى بالماء فى الطريق (واستوعب) الماء (الطريق) فعطب به احد لما سبق انه متعد فى ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة (وان فعل شيئا من ذلك) المذكور من الصب والرش والوضوء (فى سكة غير نافذة وهو) اى الفاعل (من اهلها) اى من اهل تلك السكة (او قعد فيها) اى فى تلك السكة (او وضع متاعه فيها لا يضمن) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من الشركاء ان يفعل فيها ما هو من ضرورة السكنى (وكذا) لا يضمن (ان رش ما لا يزلق به عادة او) توضأ به و(استوعب) الماء (بعض الطريق) لا كله (فتعمد المار المرور عليه) اى على بعض الطريق الذى فيه الماء مع امكان ان لا يمر عليه لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا لم يعلم فوقع من غير علم بان كان المرور ليلا او كان المار اعمى فانه يضمن (ووضع الخشبة فى الطريق كالرش فى استيعاب الطريق وعدمه) يعنى اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن وان لم تستوعبه لا يضمن وفى الملتقط ولو حفر فى مقبرة او نحوها من الطريق فى غير الامصار او ضرب فسطاطا او نصب تنورا او ربط دابة لم يضمن كما فى منية الفقهاء وفيه حفر بئرا فى طريق مكة او غيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لا يمكن العدول عنه فى الامصار دون الصحارى (وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا كما لو استأجره) اى الاجير (ليبنى له فى فناء حانوته فتلف به شئ بعد فراغه) فانه يجب الضمان على الآمر دون الاجير (ولو كان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر (ولو كنس الطريق لا يضمن ما تلف بموضع كنسه) وفى الكافى وان استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يضمن الآمر استحسانا ولو امره بالبناء فى وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف البناء لانه لا يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لا يتضرر به

غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره في ذلك ولكن لما كان البناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة ولو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه ما احدث في الطريق شيئا وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولا يؤذيهم التراب ولا يكون هو متعديا في هذا التسبب (ولو جمع الكناسة في الطريق ضمن ما تلف بها) اى بالكناسة لتعديه بوضع شغله الطريق (ولا ضمان في ما تلف بشيء فعل في الملك) لانه مأذون فيه شرعا فلا يكون متعديا (او في فناء) عطف على تلف (له) اى للمالك (فيه) اى في ذلك الفناء حق التصرف بان لم يكن للعامة ولا مشتركا (لاهل سكة غيرنا فذة) لان ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وفي الهداية اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد لفعله في غير ملكه (وان استأجر من حفر له في غير فنائه فالضمان على المستأجر) لا على الاجير (ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه) لان الاجير يعمل له ولهذا يستوجب عليه وقد صار مغرورا من جهته حيث لم يعلمه ان ذلك ليس من فنائه وانما حفر اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور نقل فعله الى الآخر (وان علم) الاجير انه غير فنائه (فعلى الاجير) اى يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لا يملك ان يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمه بذلك فبقي مضافا اليه (وان قال) المستأجر (هو فنائي وليس لي فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا) لعلمه بفساد الامر فلم يوجد الغرور (وعلى المستأجر استحسانا) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان امرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمن سواء قال له انه لي اولم يقل لعلمه بفساد امره (ومن بنى قنطرة) اى على نهر كبير (بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها) اى على تلك القنطرة (فعطب فلا ضمان على الباني) لانه اذا تعمد المرور وكان بصيرا او يجد موضعا آخر للمرور صار كانه اتلف نفسه فنسب التلف اليه دون المسبب فاذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام اما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن

(فصل في الحائط المائل)

لما ذكر احكام مسائل القتل التي تتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع في بيان احكام القتل المتعلقة بالجماد (ان مال حائط الى طريق العامة فطولب ربه) اى رب الحائط ابنقضه من مسلم اوذمي) رجل او امرأة حر او مكاتب

لان الناس في المرور شركاء ممن يملك نقضه وحده فقد تحقق التقدم من كل
واحد منهم (واشهد عليه) اي يقول له مالك هذا مخوف او مائل فانقضه
حتى لا يسقط او اهدمه فانه مائل والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون
ذكر الاشهاد فيه لذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند الانكار فكان
من قبيل الاحتياط وهذا الذي وجد معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود
لمعنى الاشهاد بلفظ اشهدوا وتدل عليه عبارة الاشهاد وفي المنح او قال
اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا صحيح ايضا ولو قال
ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة (فلم ينقضه
في مدة يمكن نقضه فيها فلم ينقضه) اي بانهدامه (من نفس او مال ضمن عاقلته)
اي عاقلة رب الحائط (النفس و) ضمن (هو) اي رب الحائط (المال)
والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو متعد فيه
لان بناء الحائط في ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلا يضمن كما قبل
الاشهاد ووجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق
بحائطه ووقع في يده هواء المسلمين ورفعه في يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ
الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار جانيا كانه شغله
ابتداء باختياره (وكذا لو طولب به من يملك نقضه كاب الطفل) الذي وقع
في عامة النسخ بدون الياء في اب لكن الصحيح ان يرسم الياء (ووصيه) لقيام
الولاية لهما بالنقض في حقه (والراهن) فيصح التقدم اليه لقدرته على النقض
بفك الرهن وارجاع المرهون الى يده (والعبد التاجر) ولو مديونا لان له ولاية
النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو في رقبته وان كان نفسا فعلى
عاقلة المولى لو كان له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق
بالعبد وضمان النفس بالمولى (والمكاتب) لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له
وضمان ما تلف نفسا او مالا فيه حكم ضمان ما تلف في العبد التاجر (ولا يضمن
ان باعه) اي الحائط ربه (بعد الاشهاد وسلمه الى المشتري فسقط) لانه خرج
عن ملكه بالبيع سواء قبضه المشتري اولا كما في الدرر وعزاه الى الكافي وليس في
الهداية لفظ اولا وفي الجوهرة شرط ان يكون بعد القبض حيث قال ولو باع
الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه وفي المنح فان قلت
هل قولهم خرج عن ملكه ببيع قيد اولا قلت ليس بقيد بل غير البيع كذلك
كالهبة ونحوها قال في الحاوي القدسي اذا اشهد على صاحب الحائط المائل
بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه ببيع او غيره بطل الاشهاد والتقدم حتى اذا عاد
الى ملكه فسقط بعد تمكنه من النقض او قبله لا يجب عليه الضمان بذلك الاشهاد

نتهى (ولا) يضمن (ان طولب به) اى بالنقض (من لا يملكه) اى النقض (كالراهن والمستأجر والمودع) لانه ليس لهم قدرة على التصرف فلا يفيد طلب النقض منهم ولهذا لا يضمنون ما تلف من سقوطه (وان بناه) اى الحائط صاحبه (مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه كما فى اشراع الجناح ونحوه) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه والكنيف لتعديه بالبناء على هذه الكيفية (فان مال) اى الحائط (الى دار رجل فالطلب لربها) اى لرب الدار لان الطلب حق له (اوساكنها) اى ساكن الدار فللساكن ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها (فيصح تأجيله وابراؤه) اى يصح تأجيل كل من مالك الدار وابراؤه حتى لو سقط بعد مدة الاجل و بعد الابراء وتلف به شئ لا يضمن لان الحق له فيصح تأجيله واسقاطه (ولا يصح التأجيل فيما مال الى الطريق) لان الحق لجماعة الناس (ولو كان) اى التأجيل (من القاضى او المشهد) لانه حق المارة وليس للقاضى ولا للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطال حقهم (ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد) على صيغة المفعول (على احدهم) اى احد الخمسة (ضمن خمس ما تلف به) عند الامام ويكون ذلك على عاقلته (وعندهما نصفه) اى نصف ما تلف به لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فانقسما قسمين ولهذا قالا يضمن النصف كما مر فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل حيث يلزم الجارح نصف الدية وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر لان اصله ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية كما فى الهداية (وان حفر احد ثلثة فى دار هى لهم بئرا بغير اذن شريكيه او بنى حائطا ضمن ثلثى ما تلف به) عند الامام (وعندهما) ضمن (نصفه) اى نصف ما تلف به والدليل من الجانبين هو ما ذكر فى مسئلة الشركاء السالفة قبيل هذا

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

(يضمن الراكب) اى فى طريق العامة وانما قيد به لانه لو كان ملكه لا يضمن شيئا لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان فى طريق العامة فيضمن للتعدى (ما وطئت دابته او صدمت بيدها او رجلها اورأسها او كدمت او خبطت رجلها

اوضمنت) والاصل فى هذا ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشى لان الحق فى الطريق مشترك بين الناس وهو يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه والجناية مقيدة بشرط السلامة وانما تقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لانا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه تتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشى والسير فيه فانه لا يمكن ان يتحرز عنه والتحرز عن الوطئ والاصابة باليد او الرجل والكدم وهو العض بمقدم الاسنان او الخبط وهو الضرب باليد او الصدم وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك فى وسع الراكب اذا امعن النظر فى ذلك واما ما لا يمكن التحرز عنه فهو ما ذكره بقوله (لا ما نفحت برجلها او ذنبها) قال فى المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اى ضربت بحد حافرها هذا اذا كانت سائرة (الا اذا اوقفها) اى الراكب الدابة فى الطريق فانه حينئذ يضمن بالنفحة سواء كانت بالرجل او بالذنب لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفح فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به (ولا ما عطب بروثها او بولها سائرة او واقفة) يعنى اذا بالت او راثت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لا ضمان عليه لانه لا يمكن التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك فلا ضمان لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى يقف فهو ايضا مما لا يمكن التحرز عنه فلهذا لا يضمن بذلك سواء كانت سائرة او واقفة (لاجله) اى لاجل الروث او البول (وان اوقفها لا لاجله) اى لا لاجل الروث او البول (ضمن ما عطب به) اى بالروث او البول لانه يكون متعديا فى الايقاف لانه ليس من ضرورات السير (فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ) اى كل واحد مما ذكر (عينا) فذهب ضوءها (او افسد ثوبا لا يضمن) لانه لا يمكنه التحرز عنه فان سير الدابة لا يعرى عنه (وان) كان حجرا (كبيرا ضمن) لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه وانما يكون لخرق منه فى السير (ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق فى الاصح) لان الدابة فى ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وهو مختار اكثر المشايخ (وقيل) قاله القدورى (يضمن) اى السائق (النفحة ايضا) ولا يضمنها الراكب والقائد قال المرغينانى وذكر القدورى فى مختصره ان السائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها يعنى النفحة لان السائق يرى النفحة فيمكنه التحرز عنها والقائد لا يراها ولا يخفى ان هذا الفرق غير مؤثر فى تمكن الاحتراز (ولا كفارة عليهما) اى على السائق والقائد (ولا حرمان ارث او وصية)

لانهما يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب ولا يخفى انه اوتى بالواو دون اولكان انسب ولعله اتى باو بناء على عدم جواز الوصية للوارث (بخلاف لراكب فيما اوطأته) الدابة (بيدها او برجلها) فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية وذلك لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما سببان لانه لا تصل منهما الى المحل شئ (وان اجتمع الراكب والقائد اوالراكب والسائق فالضمان عليهما) اى عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان (وقيل على الراكب وحده) دون السائق والقائد لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق مسبب فالاضافة الى المباشر اولى (وان اصطدم فارسان خطاء) اى ضرب احدهما الآخر بنفسه (او) اصطدم (ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل) اى كل واحد (دية الآخر) عندنا لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه اوفعل صاحبه اوفعلهما معا لاسبيل الى الاول لان فعله مباح لايصلح فى حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك فضلا عن ان يصلح فى حق الضمان ولاالى الثالث لان ماركب من صالح وغير صالح ليس بصالح فتعين الثانى فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشى فى الطريق الا انه فى حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح ايضا فى حق الضمان وعند زفر والشافعى يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر لان كل واحد عطب بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر والآخر هدر قيل لوكانا عامدين فى الاصطدام يضمن كل واحد نصف الدية للآخر اتفاقا وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام ولو وقع على وجهه فلاشئ على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر قيل يجب عند الشافعى نصف الدية سواء وقع على قفاه اوظهره او وجهه (وان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا) اى كل واحد منهما (على ظهرهما فهما هدر) لان كل واحد مات بقوة نفسه (وان) وقعا (على وجههما فعلى عاقلة كل) واحد منهما (دية الاخر) لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه (وان اختلفا) اى وقع احدهما على القفاء والاخر على الوجه (فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره) فالذى على القفاء لادية له (وان قطع آخر الحبل) اى ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفاء (فالدية عليهما على عاقلته) اى عاقلة القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا (وان سقط دية وقع سرجها وغيره من ادواتها) كاللجام ونحوه وما يحمل عليها (على انسان فقتل ضمن السائق) لانه متعد فى هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد

والاحكام فيه بخلاف الرد لانه لا يشتد في العادة ولا يمكنه بشرط السلامة ولانه قاصد بحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس فيتقيد بشرط السلامة (وكذا) يضمن (قائد قطار وطئ بعير منه) اي من ذلك القطار (انسانا وضمان النفس على عاقلته و) ضمان (المال في ماله) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير في الحفظ والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان (وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف مما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ما خلفه اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشرين كما في التبيين (فان ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به) اي بالبعير المربوط (انسان ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك والقود سبب قريب لوجود الضمان فلا يسقط الضمان المحقق بجهله (ورجعوا) اي عاقلة القائد (بها) اي بهذه الدية (على عاقلته) اي عاقلة الرابط قال صدر الشريعة اقول ينبغي ان يكون في مال الرابط لان الرابط اوقعهم في خسران المال وهذا مما لا تحمله العاقلة انتهى ويجاب عنه بان الرابط لما كان متعديا فيما صنع صار في التقدير هو الجاني واذا كان كذلك وجبت الدية على عاقلته فان قيل ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغي ان يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء اجيب بان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على عاقلته قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد وتمامه في التبيين والمطالع (ومن ارسل بهيمة او كلبا وساقه) بان يمشي خلفه فاصاب احدهما مملوكا (ضمن ما اصابت في فوره)

اى فور الارسال بان لا يميل يمنة اويسرة لان فعله ينتقل الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له (وفى الطير لا يضمن وان ساقه) والفرق ان بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة (وكذا) لا يضمن (فى الدابة والكلب اذا لم يسق) لكون كل واحد من الدابة والكلب مستقلا فى فعله (او انفلتت) اى الدابة (بنفسها ليلا او نهارا فاصابت مالا او نفسا) لا يضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال وغيره وفى الهداية اذا ارسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد يعنى يحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافى مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا ومالا فى فوره حيث لا يضمن المرسل وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدى ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق اخر لا يضمن وفى الكافى ومن فتح باب قفص وطار الطير او باب الاصطبل فخرجت الدابة وضلت لا يضمن الفاتح لانه اعترض على التسبب فعل فاعل مختار وقال محمد يضمن لان طيران الطير هدر شرعا وكذا فعل كل بهيمة فكانه خرج بلا اختيار فيضمن كما لو شق زق فسال ما فيه (ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها) اى الدابة والنخس الطعن (فنفحت او ضربت بيدها احدا) مفعول نفحت وضربت على سبيل التنازع (او نفرت) اى الدابة من ضربه او نخسه (فصدمته) اى ضربت بنفسها احدا (فمات ضمن هو) اى ضارب الدابة او الناخس (لا الراكب ان فعل) اى الضارب او الناخس (ذلك) اى الضرب والنخس (حال السير) اى سير الدابة لان الضارب او الناخس متعد فى تسببه والراكب غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى (وان اوقفها لا فى ملكه فعليهما) اى ان اوقف الدابة راكبها فى غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليهما نصفين وانما قيد بقوله لا فى ملكه لانه اذا اوقفها فى ملكه لا يضمن الراكب ايضا (وان نفحت) الدابة (الناخس فدمه هدر) لانه بمنزلة الجانى على نفسه

(وان اتلف) الدابة (الراكب) كان (ضمانه على الناخس) اى على عاقلته
لانه متعد فى تسببه فتجب الدية على العاقلة (وان فعل ذلك) اى الضرب
او النخس (باذن الراكب فهو كفعل الراكب) ولا ضمان عليه فى نفحتها لان
الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته يصير
فعل المأمور كفعل الآمر (لكن ان وطئت) الدابة (احدا فى فورها) من
غير ان تنفح بيدها او برجلها (بعد النخس بالاذن فديته عليهما) لانه قد نخسها
الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها
فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعل السوق ولا يتناوله من حيث انه
اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس
بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح
صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق
ومات فالدية عليهما لان الحفر شرط وجود علة اخرى وهو الوقوع دون علة
الجرح فكذا هذا (ولا يرجع الناخس على الراكب فى الاصح) لانه لما امره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطئ (كما لو امر صبيا يستمسك
على دابة بسيرها فوطئت انسانا فمات) ضمن عاقلة الصبى ديته (ولا يرجع
عاقلة الصبى بما غرموا من الدية على الآمر) لانه امره لانه بالتسيير والايطاء
ينفصل عنه وقال فى الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب
بامره فى الايطاء فعله بامره فيرجع بما لحقه من العهدة عليه (وكذا لو ناول
صبى سلاحا فقتل به احدا) فانه يضمن ولا يرجع على المناول (وكذا الحكم
فى نخسها ومعها قائد او سائق) يعنى من قاد دابة او ساقها فنخسها رجل
آخر فانفلتت واصابت فى فورها فالضمان على الناخس وكذا اذا كان لها سائق
فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا فى الهداية (وان نخسها شئ منصوب
فى الطريق فالضمان على من نصبه) لان الناصب متعد بشغل الطريق فاضيف
اليه كانه نخسها بفعل نفسه (ولا فرق بين كون الناخس صبيا او بالغا) لان
الصبى كالبالغ يؤاخذ بافعاله فيكون الضمان فى ماله وفى الكافى نقلا عن المبسوط
ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية يجب على عاقلته لانه
مؤاخذ بافعاله وموافق للهداية واذا كان صبيا ففى ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت
الجناية على المال او فيما دون ارش الموضحة (وان كان) اى الناخس (عبدا
فالضمان فى رقبته) فيدفعه المولى بالضمان او يفديه (وجميع مسائل هذا
الفصل والذى قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان كان) الهالك
(غيره) اى غير الآدمى (فالضمان فى مال الجانى) لما مر ان العواقل لا يتحملون

ضمان المال (ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن ما نقصها) من حيث المالية لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل فلا يعتبر فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالعين لان في العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان كما في التبيين (وفي عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة) لما روى انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان اقامة العمل انما يكون باربع اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدهما وقال الشافعي يجب النقصان كما في الشاة قيل والقصاب ليس بقيد فالحكم في كل بقرة وبعير ربع القيمة في احدى العين الواحدة وفي كل شاة النقصان وانما وضع المسئلة في بقرة الجزر وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمهما حكم الشاة وترك في الاصلاح اضافة الشاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة في شاة القصاب ايضا لئلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان فيه لايتعلق باللحم بل يوجد نقصان في ماليتها لكونها في حكم اللحم باعتبار المال

(باب جناية الرقيق والجناية عليه)

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما في شروح الهداية ولقائل ان يقول انه ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقى منه جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب اخره لانحطاط المملوك رتبة من المالك اعلم انهم اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلي غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع لا الفداء (جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو كان محلا للدفع) بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شئ من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة (والا) اى وان لم يكن محلا للدفع بان كان له شئ من اسباب الحرية المذكورة فيما سلف (ف) توجب (قيمة واحدة و) كان (غير محل له) اى للدفع ولا يخفى ان قوله ولا يفيد ما صرح به من قوله

غير محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله (فلو جنى عبد خطأ) هكذا في الهداية وغيرها والتقييد بالخطاء هنا مفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطاء العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لايجري بين العبد والعبد ولابين العبيد والاحرار فيما دون النفس هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده كالخطاء (فان شاء مولاه دفعه) اى العبد (بها) اى بالجناية (فيملكه وليها) اى ولى الجناية (وان شاء فداه بارشها) اى الجناية وذلك لان العبد لامال له ولا عاقلة ولايمكن اهدار الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى بين الدفع والفداء لئلا يفوت حقه في العبد بالكلية (حالا) قيد للدفع والفداء جميعا اما الدفع فلانه عين ولاتأجيل في الاعيان واما الفداء فلانه بدل العين فيكون في حكمه ثم الاصل عند الامام ان الخطاء هو الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف المال الى الجناية كما في العمد فاذا اختار المولى الفداء وليس عنده مايؤدى فالعبد عبده عند الامام ويؤدى الارش متى وجد وعندهما ان لم يؤد الدية في الحال فعليه الدفع الا ان يرضى الاولياء وفي الاقتصار على دفع العبد ايماء الى انه لو كسب العبد بعد الجناية كسبا واختار المولى دفعه لايدفع الكسب اتفاقا ولو ولدت امة الجناية لا يدفع الولد عند صاحب المحيط وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما في البرجندى (فان مات العبد قبل ان يختار شيئا) من الدفع او الفداء (بطل حق المجنى عليه) لفوات محل الواجب (وان) مات (بعدما اختار) المولى (الفداء لايبطل حقه) اى المجنى عليه ولم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى وبموت العبد لاتفسد ذمته (فان فداه المولى فجنى) اى العبد (ثانيا فالحكم كذلك) لانه قد طهر وخلص عن الجناية الاولى فيجب بالثانية الدفع او الفداء (وان جنى جنايتين دفعه) اى المولى العبد (بهما) اى بالجنايتين (فيقتسمانه بقدر حقوقهما) اى العبد المدفوع على قدر حقهما (او فداه بارشهما) اى بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولى ان يفتدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقي الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحد اوله وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفتدى من البعض ويدفع الباقي الى البعض لاتحاد الحق (فان باعه) اى المولى العبد الجانى (او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها) اى الجارية الجانية حال كونه (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى المولى (الاقل

من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه في اقلهما بخلاف الاقرار على رواية الاصل لان المقر له مخاطب بالدفع اى الفداء لانه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه والحقه الكرخي بالبيع لزوال ملكه ظاهرا ولو باعهما من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض لكن فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى لان فعل المأمور مضاف الى الآمر ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار لانه حبس جزأ منه وكذا لو وطئ البكر دون الثيب الا اذا علقها بخلاف التزويج لانه عيب حكمى وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه ديون لان الاذن والدين لا يمنع الدفع وعند الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (وان عالمابهما) اى بالجناية (ضمن الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كما لو علق) اى المولى (عتقه بقتل زيد او رميه او شجه) بان قال له ان قتلت فلانا او رميت زيدا او شججت رأسه فانت حر (ففعل) اى قتل او رمى او شج كان المولى مختارا للفداء فى جميع ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفداء وعليه القيمة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فلزمه الدية (وان قطع عبد يد حر) حال كونه (عمدا) اى عامدا (فدفع العبد اليه) اى الى الحر الذى قطعت يده (فاعتقه) اى المدفوع اليه (فسرى) اى القطع الى النفس فمات (فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يكن اعتقه) اى العبد المجنى عليه ومات من السراية (يرد) العبد (على سيده فيقاد او يعفى) لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه) اى القاطع العبد (اليه) اى الى المقطوع (فان اعتقه) المقطوع (ثم سرى) القطع الى القتل فمات (فهو) اى العبد (صلح بها) اى بالجناية (وان لم يعتقه فسرى رد) العبد الى القاطع (واقيد) او عفا والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة وفى الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد

ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يبقى الصلح وههنا قال يبطل لان قطع اليد
جزء النفس فيكون الصلح عنها صلحا على الجناية والاتصال وقيل فيهما
فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث
الظاهر فصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة
فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث
صالح عنها على مال فما دام لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة هذا اذا لم يعفه
اما اذا اعتقه فالحكم ما ذكرناه قال (وان جنى عبد مأذون مديون)
جناية (خطأ فأعتقه) اي سيده (غير عالم بها) اي بالجناية (ضمن) اي السيد
(لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و) ضمن (لولي الجناية الاقل من قيمته)
اي العبد (ومن ارشها) اي الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون
كل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء وكذا عند الاجتماع ويمكن
الجمع بين الحقين اذ يدفع الرقبة الواحدة على عدد كونه ما لو كان يدفع الى ولي
الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف وان اعتقه بعد العلم
ضمن قيمته لرب الدين وارش الجناية لاولياء المجني عليه (ولو ولدت مأذونة
مديونة بيع) الولد (معها) اي مع امه (في دينها) اي الام المديونة
(وان جنت فولدت لا يدفع) الولد (في جنايتها) اي الجنايتها اولى الجناية
والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها فيسري
الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى
لا في ذمتها فلا يسري الى الولد ثم انما يشترط السراية الى الولد ان تكون
الولادة بعد لحوق الدين اما اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء
بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء كسبت
قبل الدين او بعده (ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد)
خطأ قال (فلا شيء له) اي للمقر يعني به اذا كان لرجل عبد فزعم
رجل آخر ان مولى ذلك العبد اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم
خطأ فلا شيء له لانه حين زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابرأ
العبد والمولى فيرده ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلا حجة (وان قال معتق)
على صيغة المفعول (قتلت اخاك) قبل خطأ (قبل عتقي وقال بل بعده
فالقول للمعتق) لانه منكر للضمان لانه اسنده الى حالة منافية للضمان وهذا
لان الموجب في جناية العبد على المولى دفعا وفداء فلا يتصور وجوب الضمان
في قتل الخطأ على العبد في حال رقه قال (وان قال المولى لامة اعتقها)
اي اعتقه (قطعت) على صيغة المتكلم اليد (قبل عتقك وقالت) الامة لا

(بل بعده فالقول لها) اى للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه وهى تنكر فالقول للمنكر (وكذا) القول (فى كل ما نال منها) اى اخذ المولى من الامة (الا الجماع والغلة) بان قال وطئتك وانت امتى وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله وكذا اذا اخذ من غلتها اى اكسابها لا يجب عليه الضمان وان كانت مديونة وهذا عندهما (وعند محمد لا يضمن) المولى (الا شيئا قائما بعينه يؤمر) المولى (برده اليها) اى على الامة لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ والغلة وفى القيام اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهى تنكر فالقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت عينك اليمنى وعينى تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقر له لا بل ففأت عينى وعينك ذاهبة ولى عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الارش لان القضاء حصل مضمونا بتصادقهما الا ان الفاقئ يدعى البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله (ولو امر عبد محجور اوصبى صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء ولا شئ على الآمر سواء كان عبدا محجورا اوصبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا (ورجعوا) اى العاقلة (على العبد بعد عتقه) لان عدم اعتبار قول العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق (لا على الصبى الآمر) اى لا ترجع العاقلة على الصبى الآمر لنقصان الاهلية وفى التبيين لا ترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان فهلك لا يجب على العبد شئ وانما تجب على المولى قيمته لان جنايته لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص (ولو كان مأمور العبد مثله) بان امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل (دفع السيد) العبد القاتل (اوفداه ان) كان القتل (خطاء او) كان القتل (عمدا و) العبد (المأمور صغيرا) لان عمد الصغير كالخطاء (ولا يرجع) السيد (على الآمر فى الحال) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به فى الحال بل (يجب ان يرجع) السيد (عليه) اى على العبد (بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (باقل من قيمته ومن الفداء) لان القيمة ان كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة

يد لى القيمة بل يدفع العبد قال صدر الشريعة قول بأنه ان لا يرجع بشئ لان الامر لم يصح والامر بالوضعه في هذه الصورة لكون المأمور خلاف ما اذا كان المأمور صبيا اشتهى (وان كان) اى كل (عمدا والمأمور عبدا غير القاتل) لانه من اهل العقوبة وفي النهاية هذا الذي ذكر في الكتاب لا يخفى ان يكون الآمر والمأمور محجورا عليهما لاختلافه بل يكتفى بان يكون الامر محجورا فقط لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا او مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع او الفداء على رقبة العبد الآمر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون او اقراره بالغصب مؤاخذ به في حال رقه بخلاف المحجور (وان قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفا احد وليي كل منهما دفع) السيد (نصفه) اى نصف العبد (الى الآخرين او فدى بديتهما) يعني للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى الذين لم يعفوا من ولي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد وليي كل منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا ويدفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد اليهما عوضا عن الدية بينهما (وان قتل) العبد (احدهما) اى احد الحرين (عمدا و) قتل (الآخر خطأ فعفا احد وليي) المقتول (عمدا) بالعمد (فدى) كان (الدية) (لولي الخطأ و) فدى (بنصفها لاحد وليي العمد) الذي لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو في النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف درهم ولم يبطل شئ من حق ولي الخطأ وكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف (او دفعه) اى دفع السيد العبد (اليهم) اى الى الاولياء (يقسمونه اثلاثا) ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد وهذا عند الامام فيضرب ولي الخطأ بالكل وهو عشرة آلاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة آلاف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق ولي الخطأ في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم العبد بين ولي الخطأ وبين غير العافي اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي (وعندهما) (ارباعا منازعة) ثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة ومنازعة الفريقين في النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما)

وفدا احدهما بطل الكل) يعني اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما فعفا احدهما بطل حق الجميع عند الامام فلا يستحق غيرالعافي شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل (وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر ان شاء (او يفديه بربع الدية ان شاء) لان حق القصاص يثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شايعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شايع في كل العبد فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه يثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية وللامام ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما في كل العبد او في النصف مترددا بين نصفه او نصف صاحبه اوفيهما شايعا وكل ذلك لا يمنع وجوب القود لان اجزاء العبد في القود ليس بعضها باولى من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه بنصيب صاحبه وبطلان الكل على احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شايعا والمال لا يجب بالشك

(فصل)

شرع في بيان الجناية على العبد بعد ما فرغ من بيان احكام جناية العبد على غيره (دية العبد قيمته) لان العبد انقص حالا من الاحرار (فان كانت) قيمة العبد (قدر دية الحر او اكثر نقصت) القيمة (عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحر او اكثر) يعني ان من قتل عبدا خطاء تجب عليه قيمته ولا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر يقضى لوليه بعشرة آلاف درهم الا عشرة دراهم وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية يقضى بخمسة آلاف الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة هذا عند الطرفين وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمة العبد او الامة بالغة ما بلغت لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله فانه اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل في النص (وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت) يعني اذا هلك العبد في يد الغاصب فتجب قيمته بالغة

مابلغت بالاجماع لان ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية (وكل ماقدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق) لان القيمة في الرقيق كالدية في الحر لانها بدل الدم (ومن ثمه) اي يد الرقيق (نصف قيمته) كما ان في يد الحر نصف ديته (ولا زاد على خمسة آلاف الاخمسة) لان اليد من الآدمي نصفه وتمكله وينقص هذا المقدار اظهار الدنو مرتبته عن مرتبة الحر وقيل يقتص في الاطراف ضمانه بالغة مابلغت ولا ينقص منه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهو الصحيح كما في الدرر وفي العناية وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الاخمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يتعلق بالقصاص ولا بالكفارة ولهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة مابلغت الا ان محمدا رحمه الله تعالى قال في بعض الروايات ان الاخذ بهذا القول يؤدي الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الاخمسة انتهى وفي التنوير ويجب حكومة عدل في لحيته قال في شرحه وهو رواية الاصل لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن الامام انه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا وفي المجتبى حلق رأس عبد فلم ينبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء تركه (ومن قطع يد عبد عمدا فاعتق فسرى) الى القتل (اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط والا) اي بان كان له ورثة غير سيده (فلا) يقتص هذا عند الشيخين (وعند محمد لا قصاص اصلا) اي سواء كان وارثه سيده فقط اولم يكن بل كان له ورثة غيره (وعليه) اي على القاطع (ارش اليد وما نقص الى حين العتق) اي ما نقصه القطع الى ان اعتقه وانما لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقاد باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان مالكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه (ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا) اي العبدان

بان شجهما آخر فبين المولى العتق في احدهما بعد الشج (فارشهما) اي ارش شجة ذينك العبدين (له) اي المولى لان العتق لم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (وان قتلا) على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين المولى العتق في احدهما (فله) اي فللمولى (دية حر وقيمة عبد ان) كان (القاتل واحدا) لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما حرا بيقين حين الموت فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب على القاتل نصف قيمة كل واحد منهما هذا اذا قتلا معا اوقتلهما واحد على التعاقب تجب عليه قيمة الاول للسيد ودية الاخر اوارثه اذ بقتل احدهما تعين العتق بالضرورة لمن اخر (وان قتل كلا) اي كل واحد (منهما واحد فقيمة العبدين) اي اذا قتل اثنان كلا من العبدين ولم يدر اولهما اوقتلا معا تجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم لا يتعين الا بالبيان وهو لا يتصور بعد الموت فلا يحكم بعتق واحد منهما (ومن فقأ عيني عبد فان شاء سيده دفعه) اي العبد (اليه) اي الى الفاقيء (واخذ قيمته او) ان شاء (امسكه) اي العبد (ولاشيء له) اي للمولى هذا عند الامام (وعندهما) ان شاء دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه لكن (ان امسكه فله) اي للمولى (ان يضمنه) اي الفاقيء (نقصانه) اي نقصان قيمة العبد لهما انه في الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه المذكور كما في سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ومن احكام الآدمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويملك الجثة اعتبارا للآدمية وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط

(فصل)

(وان جنى مدبر وام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) اذلا حق لولي الجناية فيما اكثر من الارش ولا منع من المولى فيما اكثر من القيمة ولا يثبت الخيار بين الكثير والقليل في متحد الجنس لاختياره الاقل بلا شبهة (فان جنى) اي كل واحد من المذكورين جناية (اخرى) فعند الامام (شارك) ولي

الجناية (الثانية ولى) الجناية (الاولى وان شاء اتبع ولى) الجناية (الاولى) اى ولى الجناية الاولى (بخمسة) ولا يطالب ولى الثانية من المولى شيئا لانه دفع من الولي ما وجب الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور على الدفع بالقضاء ويتبع ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانه على قدر حقوقهما (وان) اي وان لم دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء بل برضاه (فان شاء اتبع) ولى الثانية (ولى) الجناية (الاولى) وان شاء اتبع المولى لان جناية المدبر وام الولد انما توجب قيمة واحدة فاذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لانه حصة وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه وذلك حين يدفع المولى في حق الثاني ما ثابت بالجناية ان شاء اتبع ولى الاولى لانه قبض ما هو حقه ظلما وصار به ضامنا وان شاء اتبع المولى لانه تعدى بدفع حقه اختيارا منه لا جبرا بخلاف ما لو كان بقضاء القاضي على ما مر آنفا هذا عند الامام (وعندهما يتبع ولى) الجناية (الثانية ولى الاولى بكل حال) اى سواء كان دفع المولى بقضاء القاضي او برضاه ولا شئ على المولى لان ما دفعه باختياره بمنزلة ما دفعه بالقضاء لانه ايصال حق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة حتى يجعل متعديا بالدفع وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة) لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامه وام الولد كالمدبر في جميع ما ذكر من الاحكام (وان اقر المدبر بجناية خطأ لا يلزمه شئ في الحال ولا بعد عتقه) لان موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ

(باب غصب العبد والصبي والمدبر والجناية في ذلك)

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به (ولو قطع سيد يد عبده ثم غصبه) اى العبد بعد غصبه آخر (فمات من القطع في يد الغاصب ضمن) الغاصب (قيمته) اى العبد (مقطوعا) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع (وان قطع سيده) اى العبد يده (في يد الغاصب فمات) من القطع (برئ الغاصب) من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون كذلك وقد استولى عليه بحيث قطع يده وهو استرداد فبرئ الغاصب من الضمان (ولو غصب) عبد (محجور) عبدا (محجورا مثله فمات) المغصوب (في يده) اى الغاصب (ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه

بالمال بخلاف قوله جنى او اقر بالغصب لا يرجع بل يؤاخذه به بعد العتق (وغصب) على صيغة المجهول (مدبر فجنى) ذلك المدبر عند غاصبه (ثم) رده الى مولاه فجنى (عنده ايضا او بالعكس) بان جنى عند سيده جناية ثم جنى عند غاصبه جناية اخرى (غرم سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة واذا كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب (ورجع) السيد (بنصفها) اى بنصف القيمة التى ضمنها (على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب ونصفها بسبب آخر وجد عنده فيرجع على الغاصب بالسبب الذى لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد (ودفعه الى ولى الجناية الاولى فى الصورة الاولى) وهى ما اذا جنى المدبر عند غاصبه ثم عند مولاه ثم رجع به ثانيا عليه اى على الغاصب لان حق الاولى فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد الاول شيئا من بدل العبد فى يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه رجع المولى ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وهذا عند الشيخين (وعند محمد لا يدفعه) اى نصف القيمة الذى رجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى بل هو مسلم للمولى اذ هو عوض ما اخذه ولى الجناية الاولى ولا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل منه فى ملك شخص واحد (ولا يرجع ثانيا) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم الى ولى الجناية الاولى فلا يرجع كيلا يتكرر الاستحقاق (وفى الصورة الثانية) وهى ما اذا جنى المدبر عند مولاه جناية ثم عند غاصبه اخرى (يدفعه) اى يدفع المولى ما رجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى (ولا يرجع) المولى على الغاصب (ثانيا) بما دفعه الى ولى الجناية الاولى (بالاجماع) لان الجناية الاولى صدرت من المدبر وهو فى يد المولى (والقن فى الفصلين) اى فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه (كالمدبر الا) ان الفرق بينهما (انه) اى المولى (يدفعه) اى القن نفسه (وفى المدبر يدفع القيمة) اى قيمة المدبر (وحكم تكرار الرجوع والدفع كما فى المدبر اختلافا واتفاقا) فانه اذا دفع القن اليهما رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لا بل له ان يدفعه الى الاول واذا دفعه اليه رجع فى الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفى الفصل الثانى لا يرجع (ولو) غصب (رجل مدبرا مرتين فجنى) المدبر (عنده) اى الغاصب (فى كل منهما) اى فى كل من المرتين (غرم سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين (ورجع بها على الغاصب ودفع نصفها)

اى القيمة (الاولى) الجناية (الاولى ورجع بها) اى بالنصف (عليه) اى على
الغاصب (ثانيا اتفاقا) وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر عنده مرة اخرى يضمن المولى
قيمة المدبر لولى الجنايتين بان يجعل القيمة نصفين لتعذر دفعه بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة بدل الرقبة ثم يرجع تلك القيمة على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده
ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل على الاتفاق
والى القول بالاختلاف اشار بقوله (وقيل فيه خلاف محمد) والفرق لمحمد ان فى
الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الثانية كانت فى يد
المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما فى هذه المسئلة يمكن ان يجعل
عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكر (ومن
غصب صبيا حرا) اى ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب مشاكلة
اذ الغصب لا يتحقق الا فى الاموال والحر ليس كذلك (فمات) اى الصبى (فى يده)
اى فى يد الذاهب به فجاءة او بحمى فلا شئ عليه (وان) مات (بصاعقة
او نهش حية فعلى عاقلته) اى الذاهب (ديته) اى دية الصبى استحسانا والقياس
ان لا يضمن وهو قول زفر والشافعى لان الغصب فى الحر لا يتحقق ووجه الاستحسان انه
ضمانه ليس لكونه غاصبا بل لسببه لاتلافه بنقله الى مكان فيه الصواعق والحيات
بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان
تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه يضمن وتجب الدية على
العاقلة لانه بالنقل تسبب قال فى النهاية فان قيل فما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه
الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك اجيب حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده
ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما فعل به فيجب
الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل
اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب
فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد حيث لا يمكنه حفظ
نفسه انتهى (ولو قتل صبى عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته) يعنى اودع مولى
العبد عبده عند صبى فقتله ذلك الصبى ضمن عاقلة الصبى قيمة العبد (وان اكل
الصبى طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان) عند الطرفين (خلافا لابى
يوسف) والشافعى لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا للمالك فيجب عليه
ضمانه ولهما ان المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه بل معصوم لحق المالك
وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله فى يد الصبى بخلاف العبد
فان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على اصل الحرية فى حق الدم ولهذا قلنا

يضمن العاقلة قيمة العبد (واواودع) على صيغة المجهول (عند عبد محجور مال فاستهلكه) اى المال (ضمن) العبد (بعد العتق) لا في الحال عند الطرفين (خلافا له) اى لابى يوسف فانه يؤاخذ به في الحال عنده (والاقراض والاعارة كالايداع فيهما) اى في العبد والصبي والدليل من الجانبين مامر آنفا (والمراد بالصبي العاقل) كما شرطه محمد في الجامع الصغير وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثنى عشر سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر ولهذا قال (وفي غير العاقل يضمن الحال ايضا بالاتفاق) كما يضمن العاقل ايضا مالا ائتلفه بلا ايداع ونحوه بالاتفاق لما بينا ان التسليط فيه غير معتبر لعدم عقله وفعله معتبر فلهذا قلنا بالضمان

(باب القسامة)

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤل الى القسامة اوردها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة اودار وجد فيهما قتيل به جراحة اواثر ضرب اوخنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا وسببها وجود القتيل كما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا كما يجيئ وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته وان يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس الى الحلف ان ابوا اذا ادعى الولى العمد والحكم بالدية عند النكول ان ادعى الولى القتل خطاء ومن محاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة الواردة في باب القسامة (اذاوجد ميت في محلة به) اى بالميت (اثر القتل من جرح اوخروج دم من اذنه اوعينه) لانه لايخرج الدم منهما عادة الامن شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجرى عليه احكامه (اواثر خنق او) اثر (ضرب ولم يدر قاتله) اذلوعلم قاتله سقطت القسامة عن اهلها (وادعى وليه قتله) اى الميت (على اهلها) اى على اهل المحلة كلهم (اوبعضهم) عمدا وخطأ (ولا بينة له) اى للمولى (حلف) على صيغة المفعول جواب اذا (خمسون رجلا منهم) اى من اهل المحلة (يختارهم الولى) صفة خمسون وانما كان الاختيار للولى لان اليمين حقه سواء

يختار من يتهمه بالقتل كالفسقة او الشبان او الصلحاء من اهل المحلة لتحرزهم عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختار في القسامة اعمى او محدودا في قذف جاز لان هذه يمين وليست بشهادة فيتم اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وجبت لتثبت باهل الشهادة (بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) فقوله بالله متعلق بحلف وقوله ما قتلناه وارد على سبيل الحكاية عن الجمع والا فعند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره في اسناد نفي القتل لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وينوي بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا العلم فانه يجوز ان يكون عالما بالقاتل وحده وينفي ان يكون غيره عالما به فان قيل اي فائدة في قوله ما علمت له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبولة قلنا فائدته تبيين محل الخصومة فان الولي قد يعجز عن تعيينه وقد يظن غير القاتل قاتلا (ثم قضي) على صيغة المجهول (على اهلها) اي المحلة (بالدية) او وجود القتيل بينهم والاصل في ذلك ما روي ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله على موسى امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي (وما تم خلقه كالكبير) اي اذا وجد سقط او جنين تام الخلق به اثر من الآثار المذكورة فهو كالكبير في الاحكام المذكورة لان تام الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا (ولا يحلف الولي وان كان لوث) اي عداوة خلافا للشافعي فانه قال اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت دعوى القتل او خطأ في قول وفي قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك وان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برؤا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له حلف اهل المحلة على ما قلنا والاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي تبرئة اهل المحلة باليمين (فان نقص اهلها) اي اهل المحلة (عن الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان تتم) خمسون لان اليمين

واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن ولايشترط معرفة الحكمة في هذا العدد الثابت بالنص وقد روى عن عمر رضي الله تعالى عنه انه قضى بالقسامة وعنده تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ليتم به خمسون ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثله (ومن نكل) منهم عن اليمين (حبس حتى يحلف) لان اليمين واجبة فيه تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول في الاموال هذا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة اوعلى بعض منهم غير معين والدعوى في العمد والخطاء سواء ولو ادعى على واحد منهم بعينه انه قتل عمدا اوخطاء فكذلك الحكم على ماذكر في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين في القياس كالوادعى على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص (ومن قال منهم) اى من المستحلفين (قتله فلان استثناه) ضمير الفاعل عائد الى من وضمير المفعول الى فلان (في يمينه) بان يقول بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا الافلانا لانه قد يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلايقبل قوله فيحلف كما ذكرنا (وان ادعى الولي القتل على غيرهم) اى على رجل من غير اهل المحلة (سقطت) القسامة (منهم) اى عن اهل المحلة اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لاتبطل القسامة والدية عن اهلها وعن الامام في رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كما في الخانية (ولاتقبل شهادتهم) اى اهل المحلة (به) اى بالقتل (على غيرهم) اى على غير اهل المحلة الذى ادعى الولي القتل عليه هذا عند الامام (خلافا لهما) لبراءتهم من التهمة بادعاء الولي القتل على غيرهم كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ماقبلها ثم شهد لاتقبل شهادته واصله ان من صار خصما في حادثة لاتقبل شهادته فيها ومن كان بعرضة ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضة ان يصير خصما وهو يجعله ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل فمن ذلك الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لاتقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لاتقبل شهادته بالبيع اما اذا لم يخاصم الوكيل ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما في عرضة الخصومة وفي الذخيرة اذا وجد القتيل في المحلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة وثبت لهم البراءة عن القسامة والدية ادعى ولي القتيل ذلك اولم يدع بخلاف ما اذا عينوا رجلا من اهل المحلة فان الدية والقسامة

على اهل المحلة في الشرع على خلافه ولم يعين فلا تكون مدعيا عليهم وروى عن ابي يوسف ان القسامة تسقط وفي التبيين ودعوى الولي على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا هذا ان ادعى الولي اما اذا ادعى المجروح فقال قتلني فلان ثم مات واقام وارثه بينة على رجل آخر انه قتله لا تقبل بينته (ولا) تقبل شهادة اهل المحلة (على بعضهم ان ادعاه) اي الولي (اجماعا) لان الخصومة قائمة مع الكل لما مر انهم كانوا خصماء في هذه الدعوى وبالشهادة تقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما في هذه الشهادة فلا تقبل شهادته وفي رواية عن ابي يوسف انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا

(ووجود اكثر البدن او نصفه مع الرأس) في المحلة (كوجود كله) لان هذا قتيل وجد في محله فللاكثر حكم الكل (ولا قسامة على صبي و) لا على (مجنون) لان اليمين تجري على قول صحيح ولا يجري منهما قول صحيح على قال (و) لا على (امرأة و) لا على (عبد) حيث لم يكونوا من اهل النصرة واليمين على اهلها الا اذا ادعى على كل منهما قاتلا (ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به) من الضرب (او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره) لان الدم يسيل في هذه المواضع عادة فلا يكون قتيلا لان القتيل عرفا هو فائت الحياة بسبب مباشرة الحي عادة والقسامة شرعت في المقتول وهو غالبا ليس حتف انفه فما لا اثر له فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر ومن به اثر فهو مقتول فبنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر وذا بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بجرح في الباطن (او وجد) في محله (اقل من نصفه ولو) كان الاقل (مع رأس او) وجد (نصفه مشقوقا بالطول) او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدي الى تكرار القسامة والدية في قتيل واحد فانا لو اوجبنا بوجود النصف في هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد بدا من ان توجب اذا وجد النصف الآخر في محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما بينا (وان وجد) القتيل (على دابة يسوقها) اي الدابة (رجل فالدية على عاقلته) اي عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة او غير مالك لا على اهل المحلة لانه في يده لا في ايديهم (وكذا) اي يضمن عاقلة القائد او عاقلة الراكب (او كان يقودها او راكبها)

لانه في يده فصار كما اذا كان في داره (وان اجتمعوا) اي السائق والقائد والراكب (فعليهم) اي تجب الدية عليهم لانه في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لافرق بينها وبين الدار (وان وجد) قتيل (على دابة بين قريتين فعلى اقربهما) اي اقرب القريتين الى القتيل الذي وجد على ظهر الدابة التي مرت بين القريتين لما روي انه عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد اقرب الى احدهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية واشترط سماع الصوت من القريتين ولم يقيد المص هنا بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعي هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلاشيء عليهم لانه اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة وان كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا ينسبون الى التقصير في النصرة انتهى وقد صرح بهذا القيد في الولوالجية حيث قال ولو وجد القتيل بين القريتين ينظر الى ايهما اقرب وانما تجب القسامة والدية على اقرب القريتين اذا كان بحال يسمع منه الصوت اما اذا كان بحال لا يسمع منه الصوت لا يجب على واحدة من القريتين ويراعى حال المكان الذي وجد فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم وان كان مباحا لكنه في ايدي المسلمين تجب الدية في بيت المال وفيها ايضا ولو وجد قتيل في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية (وان وجد) قتيل (في دار نفسه فعلى عاقلته) اي تجب الدية على عاقلة القتيل او ورثته عند الامام (وعندهما لاشيء فيه) لانه لما وجد قتيلا في دار نفسه جعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه وقال الامام انما وجبت الدية على عاقلته لانه لو وجد غيره قتيلا في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته لان السبب وجود القتيل في ذلك المكان كما نص عليه عمر رضي الله تعالى عنه وحين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته لاله لانه ميت ليس من اهل الملك فلهذا كانت الدية على عاقلته (وان وجد) اي القتيل (في دار انسان فعليه) اي على ذلك الانسان (القسامة) لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك (وعلى عاقلته الدية) لان نصرته وقوته بهم (وان كانت العاقلة حضورا يدخلون في القسامة ايضا) اي كصاحب الدار عند الطرفين (خلافا لابي يوسف)

فانه قال لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلا يشاركه
غيره في القسامة كأهل المحلة فانه لا يشاركهم عواقلهم فيها ولهما ان الحضور
لزمهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار فيشاركونه في القسامة (والا) اى
وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين (كررت) الايمان (عليه)
اى على رب الدار ووجبت الدية على العاقلة لما تقدم (والقسامة على الملاك
دون السكان) عند الطرفين يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك فالقسامة
على الملاك عندهما (وعند ابي يوسف على الجميع) لان ولاية التدبير كما تكون
بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه السلام قضى بالقسامة والدية على اهل خيبر
وقد كانوا سكانا ولان وجوبهما عليهم لتركهم الحفظ او لوجود القتيل
بينهم والكل في ذلك سواء وان كانوا يعملون الى اهاليهم بالليل مثل التجار
والصناع يكونون بالنهار في موضع وينصرفون الى اهليهم بالليل فلا شيء عليهم
ولهما ان التدبير في حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان يتنقلون
في كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك ولان ما يكون من الغنم وهو الشفعة
يختص به الملاك فكذا ما يكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا ملاكا لا سكانا
الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم المستأجرون والمستعيرون والمودعون
والمرتهنون واذا وجد القتيل في دار المضيف فهو على رب الدار عند
الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا في بيت على حدة فلا دية ولا قسامة
واذا كان مخالطا فعليه الدية والقسامة واستوى القوم على قول ابي يوسف
(وهي) اى القسامة (على اهل الخطة) اى اصحاب الاملاك القديمة الذين
ملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين (ولو بقي منهم) اى من اهل
الخطة (واحد دون المشترين) هذا عند الطرفين رحمهما الله تعالى
(وعند ابي يوسف على المشترين ايضا) لان الضمان انما يجب بترك الحفظ
ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين وولاية الحفظ باعتبار الملك فيه
وقد استووا فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشتري
ولو كان للخطة تأثير في التقدم لشاركه المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما يزاحمه المشتري
في التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون
المشتري وقيل انما اجاب الامام بهذا بناء على ما شاهده من عادة اهل الكوفة
في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون
في ذلك (وان لم يبق من اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق) اى ان لم يبق
من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على المشترين لانه زال

من يتقدمهم اوبراجهم فانتقلت الولاية اليهم عندهما وعند ابي يوسف حصلت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم والفرق بين التعليلين خفي يظهر بالتأمل (وان بيعت دار ولم تقبض) فوجد فيها قتيل (فعلى البايع) اي تجب القسامة والدية على عاقلة البايع عند الامام (وعندهما على المشتري) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك واليد قبل القبض للبايع فكان مقصرا في الحفظ فوجبت عليه (وفي البيع بخيار على عاقلة ذي اليد) عند الامام (وعندهما على من يصير الملك له) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا تجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع وما شرط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك وله ان الحفظ انما يكون في الايدي لانه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر عليه بالملك بدون اليد والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك (ولا تدي عاقلة ذي اليد الا بحجة انها) اي الدار (له) يعني اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد واليد وان كانت تدل على الملك الا انها محتملة فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ماثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كما عرف في الاصول ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار اوغيره (وان وجد) اي القتيل (في دار مشتركة سهاما مختلفة) بان كان نصفها لرجل وعشرها لاخر ولاخر ما بقي (فالقسامة والدية على الرؤس) لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه يثبت احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لا يختلف اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤس كالشفعة (وان وجد) اي القتيل (في سفينة فعلى من فيها) اي في السفينة (من الملاحين والركاب) جمع راكب اي تجب القسامة والدية على من كان في السفينة من اربابها وسكانها المالك وغير المالك في ذلك سواء لانهم في تدبيرها سواء اذا جرى بهم امرا ما على مذهب ابي يوسف فظاهر لتسويته في الدار بين السكان والملاك واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون في اليد حقيقة فانها مركب كالدابة (وان وجد في مسجد محلة فعلى اهلها) لانهم احق الناس بالتدبير فيه (وان) وجد القتيل (بين قريتين فعلى اقربهما) اي القريتين الى القتيل لما روينا سابقا (وان) وجد (في سوق مملوك فعلى

الملك) عند الامام (وعند ابي يوسف على السكان) سواء كانوا ملاكا او غير ملاك قال صاحب التسهيل قول ابي يوسف اذا اشترك الملاك السكان عند ابي يوسف كما في مسئلة الدار (وفي غير المملوكة) من الاسواق (كالشوارع) جمع شارع وهو الطريق الاعظم (على بيت المال) اي تجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان الملك بالاستيلاء تهمة القتل وهذا لا يتحقق في حق العامة وفي الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثريا لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا بمنزلة الجامع وفي مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والآخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطرق الواسعة في الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال صاحب الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبه وتضمحل الاوهام انتهى وقال صاحب العناية في شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة انتهى وقال الزيلعي وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذي فيها لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة انتهى ونحوه في ابن الشحنة وقد افتى بعض الفضلاء بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال انما يكون على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك في شروح الهداية وعامة كتب الفتاوى انتهى وانما اطلنا الكلام في هذا المقام لما يتوهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد عن المحلات ولا بد من اعتبار هذا القيد كما هو في اكثر المعتبرات (وكذا) يجب الدية على بيت المال (ان وجد القتيل في المسجد الجامع) لانه للعامة لا يختص به واحد دون واحد (وكذا ان وجد في السجن) عند الطرفين (وعند ابي يوسف على اهل السجن) لهما ان اهل السجن مقهورون في السكون في ذلك الموضع فلا يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فديته

القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف اعتبر كونهم سكانا وهم
الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ماداموا فيه فالظاهر ان القتل حصل منهم
قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة الملاك والسكان كذا فى الكافى (وان)
وجد (فى برية) بكسر الراء وتشديد الياء الصحراء (ليس بقربه) هكذا
فى عامة النسخ بضمير المذكر فان صح يكون التذكير باعتبار الموضع او المكان
والجملة صفة لبرية (قرية يسمع منها) اى القرية (الصوت) الجملة الفعلية
صفة لقرية (فهو هدر) اما اذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم
احق بالتدبير فيه لرعى مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحمى ذلك الموضع
بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع فى البرية فيعد ذلك الموضع
من جملة الموات فلا يجب فيه شئ ولا يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتل
بهذه الحالة لا يلحقه الغوث بتصويته وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت
فالقسامة والدية على عاقلته (وكذا لو) وجد (فى وسط الفرات) قال
فى المغرب هو نهر الكوفة والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكانه
قال وما يشبهه ولهذا قال فى المبسوط اذا وجد القتيل فى نهر عظيم يجرى به
الماء فلا شئ فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازى لان حكم الشط كحكم
الوسط مادام يجرى بالقتيل ماؤه (وان) وجد (محتبسا بالشط) اى جانب
النهر (فعلى اقرب القرى منه) اى من الشط لان الشط فى ايديهم بحيث
يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان ضمان
المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية
عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم والتدبير فى كربه
واجراء الماء منه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة
فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون
كذا فى الكافى (وان التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا) اى انكشفوا وتفرقوا (عن
قتيل فعلى اهل المحلة) لان حفظ المحلة فى مثل ذلك واجب على اهلها فحيث
قصروا فى الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية (الا ان يدعى وليه) اى القتيل
(على القوم) الذى التقوا واجلوا (او على واحد معين منهم فتسقط) اى القسامة
والدية (عنهم) اى عن اهل المحلة لانه بدعواه جعل مبرئا لاهل المحلة عن القسامة
والدية (ولا يثبت) القتل (على) اولئك (القوم) الذى التقوا واجلوا
(الا بحجة) اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لقوله عليه السلام لو خلى الناس
ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من
انكر (ولو وجد) اى القتيل (فى معسكر) اى موضع عسكر (بارض غير مملوكة

لاحد (فان) وجد (فى خباء) هو الخيمة من الصوف (او فسطاط) وهو الخيمة العظيمة (فعلى ربه) اى رب الخباء او الفسطاط (والاعلى الاقرب) اى تجب الدية والقسامة على اهل ذلك الخباء او الفسطاط الاقربين (منه) اى من القتيل لان المعتبر هو اليد فى الموضع الذى لا مالك له كما ذكرنا وهذا اذا نزلوا قبائل متفرقين واما اذا نزلوا جملة مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا جملة مختلطين صارت الامكنة كانها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد فى خارج الخيام عليهم كلهم (وان كانوا) اى العسكر (قد قاتلوا عدوا) ووجد قتيل بينهم (فلا قسامة ولا دية عليهم) لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا (وان كانت الارض) التى نزل بها العسكر (مملوكة) لاحد (فالعسكر كالسكان والقسامة على المالك لا عليهم) اى لا على العسكر لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وحفظ ملكه اليه كما مر ان لا عبرة للسكان مع الملاك عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله مذكور فيما سبق فلا حاجة الى اعادته (ومن جرح فى قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات) من تلك الجراحة (فالقسامة) والدية (على القبيلة) التى جرح بها (عند الامام وعند ابى يوسف لا شئ فيه) لان القسامة والدية انما شرعت فى القتيل الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه فى حكم التصرفات فكذا فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح فى ذلك الموضع فاما اذا لم يكن صاحب فراش فهو فى حكم التصرفات كالصحيح فكذا فى حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات يجب على الذى كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلا شئ على من حمله وفيه خلاف ابى يوسف وهذا لان وجوده جريحا فى يده كوجوده جريحا فى المحلة كذا فى الكافى واليه اشار بقوله (ولو) كان (مع المجروح رجل يحمل) ذلك الرجل المجروح الى اهله (ومات) المجروح فى اهله (فلا ضمان على الرجل الحامل) (عند ابى يوسف وفى قياس قول الامام يضمن) والعلة فيه من الطرفين ما سلفناه نقلا عن الكافى (ولو ان رجلين كانا فى بيت) واحد (فوجد احدهما مذبوحا ضمن الآخر ديته عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه قال لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الآخر فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر هذا الوهم

كما لا يعتبر اذا وجد قتيلا في محلة (ولو وجد القتيل في محلة لامرأة كررت اليمين عليها وتدى عاقلتها عند الطرفين وعند ابى يوسف على عاقلتها القسامة ايضا) كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة ليست منها فاشبهت الصبي لهما ان القسامة في القتيل في الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة في الملك وتهمة القتل كالرجل في القسامة (قال المتأخرون والمرأة تدخل في التحمل مع العاقلة في هذه المسئلة) اى قال المتأخرون من اصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانها حيث جعلناها قاتلة شاركت العاقلة في الدية لانه حيث وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها (ولو وجد) اى القتيل (في ارض رجل في جنب قرية) صفة الارض (ليس صاحب الارض منها) اى من تلك القرية والجملة المصدرة بليس صفة قرية (فهو) اى وجوب الدية والقسامة (على صاحب الارض) لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

(كتاب المعاقل)

المعاقل (جمع معقلة) كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا ولما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها في هذا الكتاب فقال (وهى) اى المعاقل (الدية) وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسكها وتمنعها ما يلزم عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلا لمنعه صاحبه عن القبائح (والعاقلة من يؤديها) اى الدية (وهم) اى المؤدون (اهل الديوان) وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم في الديوان وفي القاموس والديوان يكسر ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى والاصل في ايجاب الدية على العاقلة بالخطاء وشبه العمد قوله عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه (ان كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعي العشيرة لانه كان عليهم في عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحى على لسان نبي ولا نبي بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضى الله تعالى عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه منكر منهم فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على

وفاق ماقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضى بالدية على اهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه السلام ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت ثلاث عطايا في مدة اقل من ثلاث سنين او) في مدة (اكثر) مثل ان تخرج عطاياهم في ستة سنين مثلا (اخذ منها) اى من العطايا وحاصله انه اذا خرجت للعاقلة ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة في التأخير واذا خرجت في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية اذ الحق ان يكون المأخوذ من الاعطية لا من اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم في ثلاث سنين او اقل منها او اكثر وهذا اذا كانت العطايا في السنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) اى من اهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهي المعتبرة في هذا الباب (يؤخذ منهم في ثلاث سنين) ايضا (من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل بالنصب على الظرفية خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (او) كل سنة (درهم وثلث) درهم (لا ازيد وهو الاصح) لمراعاة معنى التخفيف فيه (وقيل) يؤخذ من كل واحد (في كل سنة ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد في ثلاث سنين تسعة دراهم او اثنى عشر درهما وانما كان القول الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف ولحوقه حد الجزية في الثاني وقربه منه في الاول وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم نسبا) الاقرب فالاقرب (على ترتيب العصبات) وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم انسابهم فلا يمكن ايجاب الدية على اقرب القبائل اليهم نسبا واذا لم يمكن فقد اختلفوا

في هذه المسئلة فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وفي البزازية اذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كاحدهم) لانه المباشر للقتل فلا معنى لاخراجه من العقل ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شئ لانه اذا لم يجب عليه الكل فلا يجب عليه البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض (وان كان) اى القاتل (ممن) اى (قوم يتناصرون بالحرف) جمع حرفة (اوبالحلف) بكسر الحاء وهو التحالف على التناصر (فعلى اهل حرفته او) اهل (حلفه) لما بينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاة مولاه وعاقلته) يعني ان كلا من المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ولقوله عليه السلام مولى القوم منهم وفي مولى الموالاة خلاف الشافعي (وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه) لان نسبته اليهم فينصرونه (فان ادعاه ابوه بعد ما عقلوا) اى عاقلة الام (عنه) اى عن ولد الملاعنة (رجعوا على عاقلته) اى عاقلة الاب (بما غرموا) في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة عليهم لانه لما اكذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا (وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل) وهو ما يجب بالخطاء اوشبه العمد اوالسبب (فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد ولا مالزم بصلح او اعتراف) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا اليه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة تحرزا عن الاجحاف بالخاطئ ولا اجحاف في القليل (الا ان يصدقوه) اى العاقلة المعترف فيما اقر به لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال (ولا) تعقل العاقلة (اقل من نصف عشر الدية) وتحمل نصف العشر فصاعدا لما مر من قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان

الا يجب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني وذلك في القليل دون الكثير فلهذا اوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك يكون في مال الجاني (بل ذلك) اى الاقل من نصف عشر الدية (على الجاني) والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل في ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية بينهما في ان لا يجب شيء على العاقلة كما في ضمان المال لكننا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين في الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضي بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس كذا في الكافي (ولا تدخل النساء والصبيان في العقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف النصرة والجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية لان وجوب جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لا توجد فيهما وفي التبيين وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل والصحيح انه كواحد من العاقلة انتهى (ولا يعقل مسلم عن كافر وبالعكس) اى لا يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر (ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة) لان الكفر ملة واحدة (ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى) فان العداوة فيهما ظاهرة ولا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر لظهور العداوة بينهم هكذا روى عن ابي يوسف (وان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين) من يوم يقضى عليه كما في حق المسلم لان الوجوب على القاتل وانما تتحول عنه الى العاقلة لو كانت موجودة فاذا لم توجد كانت الدية عليه (والمسلم) اذا لم تكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون (وقيل) المسلم (كالذمي) تجب الدية في ماله اذا لم تكن له عاقلة (وان جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة) لانه ضمان الادمي فتجب على العاقلة اذا كان القتل خطأ قياسا على الحر وقال الشافعي في قول تجب على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف في اطراف العبد ان ضمانها لا يجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولا يعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تتحمل عن العاقلة عواقلهم وكذا لا تتحمل جناية العبد عاقلة مولاه والاصل في ذلك قوله عليه الصلوة والسلام لا تعقل العاقلة عبدا ولا عمدا

(كتاب الوصايا)

لايخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب لان آخر احوال الادمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية قدتفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية فى الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية كما فى العناية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها اودين (الوصية) فى الشرع (تمليك مضاف الى مابعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا اومنفعة وسببها ان يذكر بالخير فى الدنيا ونيل الدرجات العالية فى العقبى ومن شرائطها كون الموصى اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصى مالاقابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لاتصح فيما زاد على الثلث ومنها كون الموصى له اجنبيا حتى لاتجوز الوصية للوارث الا باجازة بقية الورثة وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان ومايجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها ففى حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فما ذكره فى المتن بقوله (وهى مستحبة بمادون الثلث ان كان الورثة اغنياء او يستغنون بانصبائهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة بالترك للقريب والاول اولى لقوله عليه السلام اوصدقة يبتغى بها رضاء الله تعالى (والا) اى وان لم تكن الورثة اغنياء ولايستغنون بانصبائهم (فتركها) اى الوصية (احب) لما فيه من الصدقة على القريب وقدقال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه حق الفقير والقرابة جميعا (ولاتصح) الوصية (بمازاد على الثلث) لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال جاء رسول الله عليه السلام يعودنى من وجع اشتدبى فقلت يارسول الله قدبلغ بى من الوجع ماترى وانا ذومال ولايرثنى الاابنة لى افاتصدق بثلثى مالى قال لاقلت فالشطر يارسول الله قال لاقلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير اوكبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (ولايصح) الوصية (لقاتله) اى المورث (مباشرة) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل وقيد بقوله مباشرة احترازا عن القتل تسببا فانه لايمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولاوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الالاوصية لوارث ولان بقية الورثة يتأذون بايثاره بعضهم ففى تجويزه قطيعة الرحم (الاباجازة الورثة)

المستلزم تقدم من عدم الصحة بما زاد على الثلث وعدم صحة الوصية للقاتل ووارثه اعني لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ولا للقاتل ولا للوارث في حال من الاحوال الا في حال اثباتها بإجازة الورثة فتصح لان عدم الجواز كان لحقهم فتجوز باجازتهم والمروى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث الا ان يشاء الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولا تعتبر اجازة الورثة في حال حيوة الموصي حتى كان لهم ان يرجعوا بعد موت الموصي (وتصح) الوصية (بالثلث) للاجنبي (وان لم يجيزوا) لقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم فضعوها حيث شئتم او قال حيث احببتم والاجماع على ذلك (وتصح الوصية من المسلم للذمي وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحيوة وكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لحربي هو في دارهم باطلة لانها صلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز كذا في الكافي وفيه تأمل واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك المال في حيوته فكذا بعد مماته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث او بجميع ماله لان المانع من الوصية بما زاد على الثلث حق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربي لان حقهم غير معصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كما في شروح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) اي بالحمل (ان كان بينها) اي بين الوصية (وبين ولادته) اي الحمل (اقل من ستة اشهر) من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله كالارث ولهذا لا يحتاج الى القبض والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف مطلق وبخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا فان قيل ان الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يمكن عملا بالشبهين واما الثاني فانه تجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر ان الوصاية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت اذا اتت

بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت (ولا تصح الهبة له) اى للحمل لان الهبة من شرطها القبول ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه (وان اوصى بامه) اى ام الحمل (دونه) اى الحمل (صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الامة وان لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه اخراج ما تناوله المستثنى منه قلنا كفى بصحته التزي بزيه كما في استثناء ابليس من الملائكة على القول بانه من الجن على ان صحة الاستثناء لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه غاية الامر انه يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ (ولا بد في الوصية من القبول) لان الايصاء تمليك فلا بد من القبول (ويعتبر) القبول (بعد موت الموصى) لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى (ولا اعتبار للرد والقبول في حيوته) اى حيوة الموصى كما اذا قال لامرأته طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد (وبه) اى بالقبول (تملك الوصية) ولا تملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختيار (الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصى قبل القبول فانه) اى الموصى له (يملكها) اى الوصية (وتصير لورثته) اى ورثة الموصى له ولا حاجة الى القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما تقرر ان احدا لا يقدر على اثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البايع ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى وقد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة (ولا تصح) الوصية (من صبي ولا مكاتب وان ترك وفاء) اما عدم صحة الوصية من الصبي فلانه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره الا يرى انه لا يعتبر عقله في حق الطلاق او العتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال واما وصية المكاتب فعلى ثلثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما

اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك لم يوجد له حقيقة والثابت بطريق الضرورة لا يظهر في حق نفاذ الوصية وقسم تخلص فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة عن الدين) لان اداءه فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (ولا تصح) الوصية (ممن يحيط دينه بماله الا ان يبرأه الغرماء) فتصح لزوال المانع وهو بقاء الدين فاذا ابرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (وللموصي ان يرجع في وصيته) لانه تبرع فجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز له الرجوع عنها قبل القبول كما في سائر التصرفات ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة ولهذا قال (قولا) كان يقول رجعت عن وصيتي (او فعلا) وهو ما فسره بقوله (يقطع) صفة فعلا (حق المالك في الغصب) اي في المغصوب كقطع الثوب او خياطته (او يزيل ملكه كالبيع والهبة) فانه اذا باع الموصى به او وهبه كان رجوعا دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل للفصل المذكور مقام القول (وان) وصلية (اشتراه) اي الموصى به (او رجع) في الهبة (بعد ذلك) اي بعد ما ذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولا يجدي تملكه ثانيا بالشراء او الرجوع (او يوجب) معطوف على قوله يقطع الواقع صفة لفعلا اي له ان يرجع عن وصيته بان يفعل فعلا يوجب (في الموصى به زيادة لا يمكن التسليم الا بها) اي بتلك الزيادة (كلت السويق بسمن والبناء في الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) فقوله والبناء في الدار والحشو بالقطن يجوز ان يكونا معطوفين على لت السويق وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع ويجوز ان يكون المبتدأ هو قوله والبناء وما عطف عليه والخبر هو رجوع والاول هو الاظهر لانه نبه على امتناع التسليم واما قطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على انه يريده للصرف الى حاجته فتبطل به الوصية ويكون رجوعا (لا غسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها) فانه ليس برجوع لان ذلك ليس بتصرف في نفس ما وقعت الوصية به ولانه تصرف في البناء والبناء تبع والتصرف في التبع لا يدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف في التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابي يوسف) قال في الجامع الكبير ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر في الجامع محمول على

ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لايكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ماذكر في الجامع قول محمد وماذكر في المبسوط قول ابي يوسف وهو الاصح لابي يوسف ان الرجوع نفي الوصية في الحال والجحود نفيها في الماضي والحال فهذا اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن الشئ يقتضي سبق وجود ذلك الشئ وجحود الشئ يقتضي سبق عدمه فلوكان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (ولاقوله اخرت الوصية) بان قيل له اخر الوصية فقال اخرتها لايكون رجوعا لان التأخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان الترك اسقاط (اوكل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام) فانه لايكون رجوعا عن الوصية (ولوقال ماوصيت به فهو لفلان فرجوع) لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه لايكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما (الا ان يكون فلان الثاني ميتا) حين اوصى فالوصية الاولى تكون على حالها (وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها) اي بعد ماذكر من الهبة والوصية هكذا وجد في عامة النسخ بضمير التأنيث والظاهر ان تكون النسخة بعدهما اي بعد الهبة والوصية والاصل في هذا الفصل ان المعتبر كون الموصى له وارثا اوغير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو اوصى الى اخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه اذا اوصى الى اخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا اوغير وارث عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك لكون شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لايبطل اقراره لها واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لايصح كما لو اقر لاخيه المحجوب ثم مات ابنه (وكذا اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر اوالرقيق ان اسلم اوعتق بعد ذلك) اي بعد ماذكر من الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار

الشهية متعلق بقوله (وهبة المقعد) وهو العاجز عن المشي لداء في رجليه (والمفلوج) الفلج داء يعرض في نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذي في يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذي يكون به مرض السل وهو قرح في الرئة تمتم وصيته (من كل ماله ان طال) مدة مرضه وقدروه بالسنة (ولم يخف موته منه) اي من المرض (والا) اي وان لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (من ثلثه) اي ثلث ماله يعني ان من كان مبتلى بواحد من هذه الامراض وتصرف بشيء من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلث ماله وان مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين انه لم يكن مرضا مرض الموت لانه اذا سلم في حصول السنة الاربعة التي كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض كجزء له طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لا يشتغل بالتداوي كما في الدرر وفي البزازية والمريض الذي يكون تصرفه من الثلث ان يكون ذا فراش بحيث لا يطيق القيام لحاجته وتجوز له الصلاة قاعدا ويخاف عليه الموت كالفالج او صار مزمنا او يابس الشق لا يكون له حكم المرض الا اذا تغير حاله عن ذلك ومات من ذلك التغير فعل في حال التغير من الثلث قال الفضلي مرض الموت ان لا يخرج الى حوايج نفسه وعليه اعتمد في التجريد انتهى

(باب الوصية بثلث المال)

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعني اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل قابل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى (ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بسدسه) ولم يجز الورثة (قسم) الثلث بينهما (اثلاثا) بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (ولو اوصى) (لاحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه او بنصفه او بكله) ولم تجز الورثة (ينصف الثلث بينهما) عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم تجزها

الورثة تكون باطلة فكأنه اوصى بثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما في جميع هذه الصور (وعندهما يثلث) الثلث (في الاول) اي في وصيته للاخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان (ويخمس) الثلث (خمسين وثلثة اخماس في الثاني) اي في وصيته للاخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام (ويربع) الثلث (في الثالث) اي في وصيته للاخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلاثة ارباعه وهذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه بين الامام وصاحبيه والى هذا اشار بقوله (ولا يضرب) على صيغة المبني للمفعول (للموصى له بما زاد على الثلث عند الامام) قال في شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فينصف الثلث بينهما في الصور الثلاث كلها وعندهما يقسم الثلث في الصورة الاولى على ثلاثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة في الصورة الثانية ثلاثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وعلى اربعة في الصورة الثالثة ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث (الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) اما المحاباة فصورتها انه اذا كان عبد ان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لكونها في حالة المرض فان لم يكن للموصى مال غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الامام وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة واما السعاية فصورتها ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا جميعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي واما الدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما فصورتها ان يوصي لرجل بالفين ولاخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا (وتبطل الوصية

بنصيب ابنه) يعني لو اوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره بطلت لان ما هو حق الابن لا يصح ان يوصي به لامره لما فيه من تغيير ما فرض الله تعالى (وتصح الوصية (بمثل نصيب ابنه) اذ لا مانع منه لان مثل الشيء غيره سواء كان له ابن موجود اولا كما في العناية وقال زفر كلاهما صحيحان لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير مع انه يجوز ان يكون على تقدير المضاف وهو مثل وهذا شائع قال الله تعالى واسئل القرية اي اهلها (فلو كان له ابنان) فاوصى بمثل نصيب ابنه لآخر (فللموصى له الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف ووجه ما في المتن انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وحاصله ان يجعل الموصى له كاحدهما (وان كان له ثلاثة بنين) واوصى بمثل نصيب ابنه لآخر (فالربع) على هذا القياس (وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين) مفوض (الى الورثة) فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه (وان) اوصى (بسهم) من ماله (فالسدس) عند الامام (وعندهما مثل نصيب احدهم) اي احد الورثة (الا ان يزيد) النصيب (على الثلث ولا اجازة من الورثة) وسوى في الكنز بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن الامام ان السهم عبارة عن السدس وروى مثل ذلك عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وفي المجمع ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس السهام يعني عند الامام ولا يزاد على السدس لان مخرج السدس اقل المخارج ولا يجاوز عنه كما في الاقرار وهذا اشارة الى جواب سؤال وهو ان يقال ان اخس الانصباء الثمن والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه في العناية بان جعله بمعناه لما ورد من الاثر واللغة اما الاثر فروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس قالوا اي المشايخ هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء فالتعيين فيه مفوض الى رأي الورثة (وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله) بان قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس آخر ثلث مالي لفلان (واجازوا) اي الورثة (فله الثلث) لكون السدس داخلا في الثلث ولا يتناول اكثر من الثلث (وان) اوصى (بسدسه لفلان ثم بسدسه له فله) اي للموصى له (السدس) الواحد (سواء اتحد المجلس او اختلف) هذا قيد للمسئلتين معا وانما كان له السدس في هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة

كانت الثانية عين الاولى كما تقرر في الاصول وكما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب العسر يسرين وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان في السدس اخبارا وفي الثلث انشاء فهو ممتنع واجاب عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشاء وانما لم يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مداول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث في الكلام شايع وضم الشايع الى الشايع لا يفيد ازديادا في المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور في تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة في العدد ولا يتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا كان برا مستأنفا لا اجازة وفي العناية فان قيل فاى فائدة في قوله اذا اجازت الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى (ولو اوصى بثلث دراهمه اوثلث غنمه اوثلث ثيابه وهي) اى الثياب (من جنس واحد فهلك الثلثان وبقى الثلث فله الباقى ان خرج من الثلث) اى من ثلث ما بقى من ماله وهو الجميع من الباقى وقال زفر له ثلث الباقى (وكذا كل مكيل وموزون) اى اذا هلك الثلثان فللموصى له ثلث الباقى وفي التسهيل اشارة الى انه يشترط ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد (وان) اوصى (بثلث ثيابه وهي متفاوتة) اى ليست من جنس واحد (فهلك الثلثان فله ثلث ما بقى) من الثياب لاختلاف الجنس (وان اوصى (بثلث عبيده) فهلك الثلثان (وكذلك) اى يكون له ثلث ما بقى من العبيد عند الامام بناء على ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم للتفاوت بين افرادهم فلا يمكن جمع حق احدهم في الواحد (وعندهما فله كل الباقى) لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم في الظاهر وهذا الخلاف مبنى على قسمة الرقيق فعند الامام يقسم كل عبد على حدة فما هلك يهلك على الاشتراك بين الموصى له وبين الورثة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة (وقيل انهما يوافقان) الامام في العبيد فقط فلا خلاف بينهم في ان له ثلث ما بقى (والدواب كالعبيد) اختلافا واتفاقا (وان اوصى بالف وله عين ودين فهى عين ان خرجت الالف من ثلث العين) فان كان له ثلاثة آلاف وهى نقد

اوصين قيمتها ثلاثة آلاف درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار اليه (والا) اى وان لم تخرج الالف من ثلث العين بان كان النقد ايضا الفا والدين قيمتها الف مثلا (دفع ثلث العين) للموصى له بالالف مطلقا (و) دفع للموصى له (ثلث ما يستوفى من الدين الى ان يتم) الالف لان الموصى له شريك الوارث فلو خصصناه بالعين لبخسنا فى حق الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال فى المآل لا فى الحال وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وان اوصى بالثلث من ماله لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله) اى الثلث (للحى) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو اهلها وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه ح يكون لغوا فكان راضيا بكل الثلث للحى (وان قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف) اى نصف الثلث (للحى) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم (وان اوصى بثلث ماله ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى مالا بعد الوصية (فله) اى للموصى له (ثلث ماله عند الموت) لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله (وان) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له) اصلا (او كان له) غنم (فهلك قبل موته) اى الموصى (بطلت) الوصية لما مر انها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت (وان استفاد) الموصى غنما ثم مات صحت وصيته فى) القول (الصحيح) لانها لو كانت بلفظ المال تصح وكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل موته فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال فى الصحيح احترازا عن قول بعض المشائخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة العين (وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله) اى للموصى له (قيمتها) اى الشاة لانه لما قال من مالى دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال (وتبطل) الوصية (او) اوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لانه لما قال من غنمى دل على ان غرضه عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية (وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن) اى امهات اولاده (ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن) اى لامهات اولاده (ثلاثة اخماسه ولكل فريق) من الفقراء والمساكين (خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لامهات اولاده (ثلاثة اسباعه) فيقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولامهات اولاده

ثلاثة لانه اسمهم وضعه ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند الشيخين لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل فيتعين الواحد وعند محمد انها تتناول الجمع وادناه اثنان فصاعدا في الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر وانهما جنسان بدليل عطف احدهما على الآخر في النص ومقتضاه المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة كما في الكافي (وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله) اى لزيد (نصفه) اى نصف الثلث (ولهم) اى للفقراء (ثلثاه) اى ثلثا الثلث (وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله) اى لبكر (ثلث ما) استقر (لكل) واحد من زيد وعمرو من المائة لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل في الاولى لاستواء المالين فيأخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة (ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو) ثم قال لبكر اشركتك معهما (فلبكر نصف ما لكل منهما) لانه لا يمكن المساواة بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل منهما بما سماه له فأخذ النصف من كل واحد من المالين وفي المنح واو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية اخرى ثم قال لاخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كانت له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند الامام نصف كل واحدة منهما بناء على ما تقدم من انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية انتهى (وان قال لفلان على دين فصدقوه) على صيغة الامر (فانه يصدق الى الثلث) اى اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصي له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بمجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعلم اصل الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فحصل وصيته في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة

(فان اوصى مع ذلك اى مع الاقرار بمجهول بوصايا عزل الثلث لاصحاب الوصايا) اى لارباب الوصايا (والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) اى فلان المقر له (فيما شئتم) الا ان هذا دين فى حق المستحق بالنظر الى الاقرار الا انه وصية فى حق التنفيذ من الثلث فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة دينا شائعا فى النصيبين فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا (يؤخذ اصحاب الوصايا بما اقروا به) مما فى يدهم من الثلث (و) يؤخذ (الورثة بثلثى ما اقروا به) تنفيذا للاقرار كل فريق فى قدر حصته (ويحلف كل) من اصحاب الوصايا والورثة (على نفى العلم بدعوى) المقر له (الزيادة على ما اقروا) ومعنى قوله على العلم اى على عدم العلم بما ادعاه المقر له من الزيادة على اقرارهم وانما كان تحليفا لانه تحليف على فعل الغير قال الزيلعى هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى ايديهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى (وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصفها) اى نصف العين (ولا شئ للوارث) لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فى الآخر بخلاف ما اوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا (وان اوصى لكل واحد من ثلاثة بثوب وهى) اى الثياب المدلول عليها بثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط وردى (فضاع ثوب) من هذه الثياب (ولم يدر ايها) اى الثياب (هو) اى الضائع (و) الحال ان الورثة (تقول لكل) من الثلاثة (هلك حقك بطلت الوصية) لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذا قال الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادرى من هو فلا ادفع الى كل منكم شيئا كذا فى التبيين (فان سلموا) اى الورثة (ما بقى) من الثياب (فلذى الجيد ثلثا جيدهما ولذى الردى ثلثا رديهما ولذى الوسط ثلث كل منهما) اى من الجيد والردى وانما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد لانه لا حق له فى الردى بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان هو الجيد الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضائع بان كان هو الاجود وكان ضعف وجيد فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردى لانه لا حق له فى الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الردى

بان كان هذا الردى الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضايع ان كان هو الاردأ فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه اولى واذا تعين حق الآخر في ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثي الجيد وصاحب الردى ثلثي الردى ولم يبق الاثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الضايع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون في الردى بان كان الضايع اردى فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه كذا في الهداية (وان وصى ببيت معين من دار مشتركة) يعني اذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر ثم مات الموصي (قسمت) الدار (فان خرج) ذلك (البيت في نصيب الموصي فهو) اي البيت (للموصى له) عند الشيخين (وعند محمد له) اي للموصى له (نصفه) اي نصف البيت (والا) اي وان لم يخرج البيت في نصيب الموصي (فله) اي للموصى له (قدر ذرعه) اي ذرع البيت عند الشيخين (وعند محمد له قدر نصف ذرعه) لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه فان ملكه لاتنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية جميعه ومعنى المبادلة في القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت (والاقرار كالوصية) يعني اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع في نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع في نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع في نصيب الغير (وقيل لا خلاف فيه) اي في الاقرار (لمحمد) بل هو موافق للشيخين (وهو) اي عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو (المختار) والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية (وان اوصى بالف عين من مال غيره

ولو اجازها اى الزيادة على الثلث (اجازه بعد موت الموصى صح) ويعتبر له جائزة
لانه تبرع على المريض فيتوقف على اجازة فاجاز فاذا اجاز كان منه اسقاطا فيصح
وله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات (بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على
الثلث) فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان الوصية في نفسها صحيحة
لمصادفتها ملكه وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ
من جهة الموصى (ولو اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه)
اى المقر (دفع ثلث نصيبه) استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما في يده
قياسا لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطائه النصف
ليبقى له النصف كما لو اقر احدهما بأخ ثالث لهما وجه الاستحسان انه
اقر له بثلث شائع في كل التركة فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه
ثلث ذلك ولا يلزمه اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف ما في يده لزاد حقه
على الثلث لانه ربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه
كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث
فيعد اقراره رب الدين احق منه بما في يده واما الموصى له فهو شريك الوارث
فصار مقرا بانه شريكه وشريك اخيه في الثلث فلم يسلم له شيء الا ما يسلم للوارث
مثله وفي النهاية ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث
الاختيار عندي ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والحسن البصري
وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم من تابعيهم وهذا القول ابعد من الضرر
وقال بعض المشايخ يؤخذ من حصة المقر جميع الدين وبه يفتى اليوم لكن قال
مشايخنا هنا زيادة شيء لا تشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره
فبمجرد اقراره لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه ونظير تلك
المسألة ذكرت في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو
ورجل ان الدين كان على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين
يحل في نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم قال صاحب
الزيادات وينبغي ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة انتهى (وان اوصى
بامة فولدت بعد موته) اى الموصى (فهما) اى الامة وولدها (للموصى له
ان خرجا من الثلث) لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين
كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على
حكم ملك الميت قبلها حتى تقضى ديونه وتنفذ منها وصاياه دخل الولد
في الوصية فيكونان للموصى له (والا) اى وان لم يخرجا من الثلث (اخذ

الموصى له الثلث منها) اى من الام (ثم) اخذ (منه) اى من الولد فيأخذ الموصى له ما يخص الثلث من الام اولا فان فضل شئ يأخذه من الولد عند الامام (وعندهما يأخذ منهما) اى من الام والولد (على السواء) لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم فى الاخذ من الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل ولا يجوز نقص الاصل بالتبع وفى جعل الولد شريكا معها نقص الوصية بالام ولا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق فى الولد لا ينقص شيئا فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يحط بعض الثمن عن الاصل ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم تدخل تحت الوصية وبقى على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى

(باب العتق فى المرض)

الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مفروضة افرده بالبيان على حدة واخره عن صريح الوصية لانه الاصل (العبرة لحال التصرف فى التصرف المنجز) وهو الذى اوجب حكمه فى الحال كانت حر اوهبتك (فان كان) التصرف المنجز (فى الصحة فمن كل المال وان) كان (فى مرض الموت فمن ثلثه) اى ثلث المال والمراد بالتصرف الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال والنكاح فى المرض يكون المهر فيه من كل المال (و) التصرف (المضاف الى الموت) وهو ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتى اوهبت هذا الزيد بعد موتى (يعتبر من الثلث وان) كان هذا التصرف (فى الصحة) فالمعتبر ليس حالة العقد بل حالة الموت (ومرض صح) صفته (منه) اى من المرض (كالصحة) فقوله مرض مبتدأ خبره قوله كالصحة وانما كان كالصحة لان حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله الا فى مرض موته وبالبرء منه تبين انه ليس بمرض موت فلا يكون لاحد حق فى ماله فله التصرف فيه

كما شاء (فالمحاباة في مرض الموت واحد بان) وهي ان يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا (والكفالة والهبة وصية) اى كالوصية ويوجد الشبه قوله (في اعتباره من الثلث) اى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب لانها وصية حقيقة لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال (فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما) اي عن العتق والمحاباة (فالمحاباة اولى) اى تقدم على العتق هذا (ان قدمت) المحاباة على العتق (وهما) اى العتق والمحاباة (سواء ان اخرت) المحاباة بان اعتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان بمائة ولا مال له سواهما قسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين وهذا عند الامام وقالا هما سواء في المسئلتين له ان المحاباة اقوى لانه في ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الدفع زاحم المحاباة وهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واثبت الخانية (وان اعتق بين محاباتين) بان حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث (فنصفه) الثلث (للاولى) اى للمحاباة الاولى (ونصفه) الثلث (بين العتق و) المحاباة (الاخيرة) لان العتق مقدم على الاخيرة فيستويان وفي الهداية اذا حابى ثم اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب الامام والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه انتهى لكن يرد عليه ان المساوى للمساوى لشئ مساو لذلك الشئ فيعود المحذور الا ان يقال ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم من جهة اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور وان حابى بين عتقين بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف الثلث للمحاباة ونصف الثلث للعتقين بان يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني هذا عند الامام وعندهما العتق اولى في الجميع لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه يلحقها الفسخ (وان اوصى بان يعتق عنه) بهذه المائة عبد (فهلك منها درهم بطلت الوصية) عند الامام (وعندهما يعتق)

عنه عبد (باقى) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج ولو كان مكان العتق حج حج بما بقى اجماعا وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ فى غير الموصى له وذلك لايجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقى قال الزيلعى قيل هذه المسئلة مبنية على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لاتقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل الى انكاره (وتبطل) الوصية (بعتق عبده اوجنى بعد موت سيده فدفع بها) اى بالجناية لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى ان يدفع وبالدفع يزول ملكه فاذا خرج عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الوصى اووارثه بعد موته بالدين (وان فدى) اى العبد بان اعطى الورثة الفداء اولى الجناية بمقابلة العبد (فلا) تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت الوصية ح لان العبد برئ عن الجناية فصار كانه لم يجن (ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى الصحة) اى صحة الموصى (و) ادعى (الوارث عتقه فى المرض فالقول للوارث) مع اليمين وصورة المسئله اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الموصى اعتق هذا العبد لكن قال الموصى له اعتقه فى الصحة لئلا يكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه فى المرض ليكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه (ولاشئ لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته) اى العبد (اويبرهن) زيد على دعواه وهو عتقه فى الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم برهن حلف الوارث انه لم يعلم ان مورثه اعتقه فى الصحة وانما كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شئ على قيمة العبد لانه لامزاحم له اوتقوم البينة ان العتق فى الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم البينة انما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده ولكنه اى الموصى له بالثلث خصم فى اقامتها لاثبات حقه (ولو ادعى رجل على الميت دينا و) ادعى (العبد اعتاقه فى صحته وصدقهما الوارث سعى العبد فى قيمته وتدفع

الى الغريم) عند الامام (وعندهما لا يسعى) لهما ان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا لتصديق الوارث في كلام واحد فكانهما وقعا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه في المرض يعتبر من كل المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان يبطل العتق لكنه لا يحتمل البطلان فيبطل معنى بايجاب السعاية عليه ولان استناد العتق الى الصحة انما يصح اذ لم يوجد شغل الدين وقد وجد الدين هنا فمنع الاستناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة لي عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما اذا اقر بالوديعة ثم بالدين وقالا الوديعة احق لانها تثبت في عين الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها احق كما لو كان الوارث حيا وقال صدقتما وذكر في الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وبه ينطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة كذا في الكافي (وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض) كالحج والزكوة والكفارات (وان اخرها) اي الموصي الفرائض (في الذكر) لان الفرض اهم من النفل (فان تساوت الوصايا في الفرضية او غيرها) بان كان جميعها نفلا (قدم ما قدمه الموصي) لان الظاهر من حال الموصي انه يبتدئ بالاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص (وقيل) ان تساوت في الفرضية (تقدم الزكوة على الحج) وهو ما ذكره الطحاوي (وقيل بالعكس) قال في الكافي واختلفت الروايات عن ابي يوسف في الحج والزكوة وقال في احدى الروايتين يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروى عنه انه تقدم عليه الزكوة بكل حال لان حق الفقير ثابت والحج تمحض حقا لله تعالى فكانت الزكوة اقوى (وتقدم الحج والزكوة على الكفارات في القتل والظهار واليمين) لرجحانهما عليها لانه قد جاء فيهما الوعيد ما ليس في كفارة قال الله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين وقال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما (و) تقدم (الكفارات على صدقة الفطر) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر (و) تقدم (صدقة الفطر على الاضحية) للاتفاق في وجوبها والاختلاف في وجوب الاضحية وما هو متفق على وجوبه اولى

بالتقديم وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى بحجة الاسلام احجوا) اى الورثة (عنه) اى عن الموصى (رجلا من بلده) الذى يحج ذلك الرجل عنه حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه على الوجه الذى لزمه (ان وفت النفقة) للاحجاج من بلده راكبا (والا) اى وان لم تف النفقة (فمن حيث تفى) النفقة وفى القياس لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فننفذ ما امكن (وان خرج حاجا فمات فى الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده) عند الامام وزفر لان عمله قد انقطع بموته لقوله عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان فى هذا المعنى كخروجه للتجارة اذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا (وعندهما من حيث مات استحسانا) لان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده (وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق) فيحج عنه ثانيا من وطنه عند الامام وعندهما من حيث مات

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان المذكور فى هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع للعموم (جار الانسان ملاصقه) قدم الوصية للجار على الوصية للاقارب تبعا لما فى الهداية وكان حق الكلام ان يقدم الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب واجاب عنه فى العناية بان الواو لا تدل على الترتيب وان التقديم فى الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على الملاصق هو مذهب الامام وهو القياس وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام الجار احق بصقبه ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان ملاصقا (وعندهما) جار الانسان (من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها) اى مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا

عرفا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان الى للمجاورة والجار لا يختص بالملاصق بل يراد المقابل مقصود كالملاصق غير انه لابد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد وجد الاختلاط واذا اختلفا في المسجد زال الاختلاط وقال الشافعي الجوار الى اربعين دارا وقلنا هذا الحديث ضعيف قد طعنوا في روايته (ويستوي فيه) في لفظ الجار (الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي) والصغير والكبير كذلك واعلم ان دخل المذكورون في لفظ الجار لصدقه عليهم لغة وشرعا ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان معنى هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فانه لا يملك ما في يد العبد الا بتمليكه الا يرى انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضافة اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا مطلقا (وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته) لانه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله تعالى وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وفي الكافي وانما يدخل في الوصية من كان صهرا للموصي يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عند الموت او معتدة عنه بطلاق رجعي لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصي والمرأة في نكاحه وعدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح وان كانت في عدة من طلاق بائن او ثلاث لا يستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهرية انتهى (وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن عند محمد لانهم يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فلا يتناول الا الازواج المحارم (ويستوي في ذلك) اي في الصهر والختن (الحر والعبد والاقرب والابعد) لان اللفظ يتناولهم جميعا (واقاربه اواقرباؤه وذووا قرابته وارحامه وذووا ارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه) يعني اذا اوصى الى اقاربه او اقربائه وذوي قرابته او ارحامه او ذوي ارحامه او انسابه تكون الوصية للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه (ولا يدخل فيه) اي في كل واحد من هذه الالفاظ (الوالدان والولد) ولا الوارث ويكون للاثنين فصاعدا هذا عند الامام ويستوي فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر (وفي الجد روايتان)

وكذا في ولد الولد وفي ظاهر الرواية عن الامام انهم يدخلون وفي رواية عن الشيخين انهم لايدخلون (وان لم يكن له ذو رحم محرم منه بطلت) الوصية عند الامام لانه تبين ان الوصية عند لعدم فكانت باطلة (وتكون) اى الوصية (للاثنين فصاعدا) لانهما اخت الميراث والجمع في المواريث اثنان فصاعدا فكذا الوصية (وعندهما) يدخل في الوصية (من ينسب اليه) اى الى الموصى من قبل الاب او الام (الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم او ادرك الاسلام وان لم يسلم) قيل يشترط اسلام الاب الاقصى وقيل لايشترط ولكن يشترط ادراكه الاسلام حتى لو اوصى علوى لذوى قرابته فمن شرط الاسلام يصرف الوصية الى اولاد على رضى الله عنه لا الى اولاد ابى طالب ومن لم يشترط يصرفها الى اولاد ابى طالب فيدخل فيها اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) يعنى اذا اوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند الامام رحمه الله تعالى لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث (وعندهما للكل على السواء) فتقسم بينهم ارباعا لان اسم القريب تناولهم ولايعتبر ان الاقرب (ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع واقله في الوصية والارث اثنان فيكون للواحد النصف و بقى النصف الاخر ولامستحق له اقرب من الخالين فكان لهما (وان كان له عم واحد فقط فنصفها) اى الوصية (له) اى للعم لانه لابد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الاخر من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر للورثة (وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا (وعندهما الوصية للكل على السوية في جميع ذلك) لما عرف من مذهبهما انهما لايشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام (واهل الرجل زوجته) عند الامام يعنى اذا اوصى لاهل رجل فهى لزوجته (وعندهما) اهل الرجل (من يعولهم وتضمهم نفقته) يعنى عندهما اهل الرجل من كانوا في عياله وتلزمه نفقتهم اعتبارا للعرف المؤيد بالنص وهو قوله تعالى وأتونى باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان في عياله وللامام قوله تعالى وسار باهله اى زوجته بنت شعيب عليه السلام ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا اى تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما في الهداية (وآله اهل بيته) يعنى اذا اوصى لآل فلان فهى لاهل بيته فيدخل فيه كل من

ينسب اليه من آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام ولايدخل فيه اولاد البنات ولااولاد الاخوات ولااحد من قرابة امه لانهم لاينسبون اليه وانما ينسبون الى آبائهم (وابوه وجده من اهل بيته) لان الاب والجد يعدان من اهل البيت (واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب) لان النسب انما يكون من جهة الآباء (وجنسه اهل بيت ابيه) دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة (والوصية) مبتدأ (لبنى فلان وهو اب صلب) جملة وهو اب صلب حال من المضاف اليه (للذكور خاصة) خبر فلايدخل فيه الاناث لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور وهذا رواية عن الامام (وعندهما وهو رواية) اخرى (عن الامام يدخل فيه الاناث ايضا) اى كالذكور ودخول الاناث فى بنى فلان اما تغليب او مجاز بارادة الفروع (و) الوصية (لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة فاذا بان قصده التفصيل وهى فى اولاد المورث للذكر مثل حظ الانثيين وكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق (واو) اوصى (لولد فلان للذكر والانثى على السواء) لان الولد ينتظم الكل (ولايدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب) لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث حتى اذا كان له بنات صلبية و بنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها (و يدخلون) اى اولاد الابن (عند عدمهم) اى اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة صير الى المجاز بخلاف المسئلة الاولى (دون اولاد البنت) وانما لايدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون الى ابيهم كما قال الشاعر * بنونا بنو ابنائنا وبناتنا * بنوهن ابناء الرجال الاباعد (وان اوصى لبنى فلان وهو) اى فلان (ابو قبيلة) كبنى تميم مثلا (لايحصون) كثرة (فهى) اى الوصية (باطلة) لانه لايمكن تحقيقه فى حق الكل لعدم احصائهم فتبطل الوصية لعدم المصرف (وان) اوصى (لايتامهم او عميانهم او زمانهم او ارامله م فللغنى والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا) اى الموصى لهم (يحصون) لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك فى حقهم ثم قيل حد الاحصاء عند ابى يوسف ان لايحتاج من يعدهم الى حساب ولا كتاب فان احتيج الى ذلك فهم لايحصون وهذا ايسر وقيل بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى كذا فى شرح الهداية (وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لايحصون) لان الحق من الوصية القربة وهذه الاسامى تنبئ عن الايتام وما بعده . تشعر بتحقق الحاجة فتحمل على الفقراء (و) ان اوصى

(لمواليه فهو) اى الوصية (لمن اعتقهم فى الصحة اوالمرض ولاولادهم) اى اولاد المعتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية وبعدها سواء ولايدخل فيه المدبرون وامهات الاولاد وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم بحيث يلحقه الفسخ فنسبوا الى الولاء كالمعتقين ولايدخل فيهما مولى الموالاة لان ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلاينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد المعتقين لانهم ينتسبون الى المعتق بواسطة ابائهم بولاء واحد (ولا) يدخل فيها (موالى الموالى الاعند عدمهم) اى الموالى لانهم ليسوا موالى الموصى حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فلايتناولهم الاسم الاعند عدم المولى حقيقة كما فى ولد الولد مع وجود الولد اوعدمه (وتبطل) الوصية (ان كان له) اى للموصى (معتقون) بكسر التاء (ومعتقون) بفتح التاء يعنى اذا اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوهم فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولاعموم له ولاقرينة تدل على احدهما ولافرق فى ذلك عند عامة اصحابنا بين النفى والاثبات واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه يعم اذا وقع فى حيز النفى كما لوحلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الجميع والجواب عنه على قول عامة الاصحاب كما فى العناية ان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل لان الحامل على اليمين بغضه لهم وهوغير مختلف وقد قرره فى التقرير بما لامزيد عليه فان قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك وحكمه التوقف فكيف حكم ببطلانها قلنا ان ذلك فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لايفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهى ان شكر المنعم واجب فتصرف الى الموالى الذين اعتقوهم واما فضل الانعام فى حق الذين اعتقهم هو مندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى قلنا اجيب بانها معاوضة بجهة اخرى وهى جريان العرف بالوصية للفقراء والغالب فى المعتقين بفتح التاء ان يكونوا فقراء وفى المعتقين بكسرها الغالب ان يكونوا اغنياء والمعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى (واقل الجمع اثنان فى الوصايا كالمواريث) لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقد ورد النص فى القرآن باطلاق الجمع على الاثنين فى المواريث فقلنا فى الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ماورد به النص فى المواريث

(باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة)

لما فرغ من ذكر احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة

المنافع واخرهما اما من جحد ان المنافع بعد وجود الاجزاء لا يوصى لو صح انطبع (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما) اى العبد والدار (مدة معينة) كسنة اوسنتين مثلا (وابدا) لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل فى حال الحيوة فتحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دونها للحاجة وهذا لان الموصى يبقى العين على ملكه حتى يحدث مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته وانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الوقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فالارث لا يجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتصورها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان مالكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية فانها تمليك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرج ذلك) المذكور من رقبة العبد والدار (من الثلث سلم الى الموصى له) يخدمه ويسكن فيها لان حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة (والا) اى وان لم تخرج من الثلث (قسمت الدار) عينها اثلاثا (وتهايئا فى العبد يومين لهم ويوما له) لان حق الموصى له فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه مما لا يحتمل القسمة فصرنا الى المهايأة هذا اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان تمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له يستوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقدم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل (فاذا مات الموصى له ردت) اى الوصية من العبد او الدار الى ورثة الموصى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز (وان مات الموصى له فى حيوة الموصى بطلت) الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وملك الموصى ثابت فى الحال فلا يتصور تمليك الموصى له بعد موته (ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى

والاستخدام في الاصح) لانه اوصى له بالغلة وهى الدراهم او الدنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولاشك انهما يتغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لوظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها وقوله في الاصح احتراز عما قال بعضهم يجوز له السكنى والاستخدام لان المقصود هو المنفعة وهى حاصلة بهذين الطريقين (ولا يجوز لمن وصى له بالخدمة) في العبد والسكنى في الدار (ان يوجر) العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار في حال الحيوة تملك الاجارة وكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لا يتملك المنفعة لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة وذلك لان المستعير مالك للمنفعة اذ التمليك في حال الحيوة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك في حال الحيوة اولى (وان اوصى له بثمرة بستانه فمات) الموصى (وفيه) اى في البستان (ثمرة فله) اى للموصى له (هذه) اى الثمرة الموجودة (فقط) لا ما يحدث بعدها (وان زاد ابدا) اى زاد في تلك الوصية لفظ ابدا (فله) اى للموصى له (هى) اى الثمرة الموجودة (وما يستقبل) عطف على الضمير اعنى قوله هى اى يستحق الثمرة الموجودة وما يحدث من الثمرة في المستقبل عملا بالتأبيد في لفظ الموصى (وان اوصى له بغلة بستانه فله الموجود وما يستقبل) وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائمة الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول ما يحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك كابدا ونحوه واما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض ان يوجد مرة بعد اخرى كما يقال في العرف فلان يأكل من غلة بستانه او ارضه او داره فيصدق على ما ينتفع به في الحال او في الاستقبال (وان اوصى له بصوف غنمه او لبنها) اى الغنم (او اولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال ابدا او لم يقل) اى للموصى له ما يوجد من ذلك الموصى به ما في بطونها من الاولاد وما في ضروعها من الالبان وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ والفرق بينهما وبين ما تقدم ان الصوف والولد واللبن الموجودات يصح استحقاقها بالعقد فانها تملك

فيها بكل عقد وكذا بالوصية واما المعدوم منه فلم يشرع العقد فيها شئ من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية واما الثمرة او الغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى

(باب وصية الذمي)

انما ذكر وصية الذمي عقب وصية المسلم لان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين في المعاملات (ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث) عند الامام لانها بمنزلة الوقف ووقف المسلم يورث عنه فهذا اولى وانما قلنا يورث عنه لانه غير لازم عنده واما عندهما فالوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية (ولو اوصى به) اي بجعل داره بيعة او كنيسة (لقوم معينين جاز) اي الايصاء (من الثلث) اتفاقا لان في الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصي ولاية كليهما (وكذا) يجوز (في غير المعينين) بان اوصى لقوم غير مخصوصين هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا انها باطلة الا ان يوصي لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اوجه احدها ان يوصي بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لا يصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا من الثلث فان كانوا لا يحصون لا تصح تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل وثانيها ان يوصي بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره مسجدا او يسرج في المساجد او اوصى بالحج فهي باطلة بالاجماع اعتبارا الاعتقادهم الا ان يكون لقوم باعيانهم وثالثها ان يوصي بما هو قربة عندنا وعندهم كما لو اوصى بثلث ماله للفقراء او المساكين او اعتق الرقاب او يسرج في بيت المقدس فهي صحيحة اجماعا لاتفاق الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصي بما هو قربة عندهم معصية عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره بيعة او كنيسة او بيت نار او يسرج فيه او يذبح الخنازير ويطعم المشركون فهي صحيحة ايضا عند الامام سمى قوما او لم يسم وقالا هي باطلة الا ان يسمي قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية وفي تنفيذها تقرير المعصية والدليل في المعاصي ردها لا قبولها فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر ديانتهم في حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة عندنا معصية عندهم لا تجوز الوصية اعتبارا لديانتهم فكذا عكسه (وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم او ذمي) لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي

لانهم فى دار الحرب وهم اموات والحجر بناء على حق معصوم لايصلح دليلا على الحجر لحق غير معصوم اذحقوق اهل الحرب غير معصومة حتى لوكانت ورثته فى دار الاسلام بامان اوبذمة يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم (وان اوصى) اى المستأمن (ببعضه) اى ببعض ماله ثم مات (رد الباقى) من ماله (الى ورثته) الذين فى دار الحرب لان الرد الى ورثته من حق المستأمن ايضا لارعاية لحق الورثة حتى يرد ان يقال كيف يرد الباقى الى ورثته الذين فى دار الحرب وقد قلتم بانهم ليس لورثته حق مرعى (وتصح الوصية له) اى للمستأمن (مادام فى دارنا) سواء كانت الوصية (من مسلم اوذمى) لانه مادام فى دارنا فله حكم اهل الذمة فى المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات فى حال حيوته ويصح تبرعه فى حيوته فكذا بعد مماته وعن الشيخين انه لايجوز لانه من اهل الحرب لانه يقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمى (وصاحب الهوى) وهو الذى يتبع هوى نفسه ميلا للبدعة (ان لم يكفر بهواه) اى لم يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فهو كالمسلم فى الوصية) لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام (والا) اى وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فكالمرتد) فيكون على خلاف المعروف بين الامام وصاحبيه فى تصرفاته قال فى الكافى ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولاتقتل عندنا انتهى وفى المنح والمرتدة فى الوصية كذمية فتصح وصاياها قال فى الهداية وهو الاصح لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل اويسلم قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لاتكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلا تصح منها وصية" قلت والظاهر انه لامنافاة بين كلاميه لانه قال هناك وهو الصحيح وقال هنا الاصح وهما يصدقان كذا فى العناية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لاتقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابى فى الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية اواليهودية اوالمجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند الامام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لاتقتل عندنا انتهى فظهر بما ذكرناه عن المنح ان دعوى الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل (ووصية الذمى تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزام اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات فيجرى عليهم احكامنا كما فى وصية المسلم (وتجوز) وصيته (لذمى

من غير ملته) كوصية نصراني ليهودي وبالعكس لان الكفر ملة واحدة (لا) يجوز وصيته (لحربي في دار الحرب) لان الحربي في دار الحرب لا يرث الذمي لانقطاع الارث فكذا الوصية لانها اخت الميراث كما تقدم

(باب الوصي)

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب الوصايا ينتظمه ايضا وانما قدم احكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة الى معرفتها امس (ومن اوصى الى رجل فقبل في وجهه ورد) الوصية (في غيبته لا يرتد) لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه سواء كان في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا اعتبار لرده في غيبته ويبقى وصيا كما كان فان قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى اليه في ان رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصي معتبر دون رد الموصى اليه قلنا ان نفع الوصية للموصى له نفسه بخلاف الموصى اليه فان نفع الوصية راجع الى الموصي فكان في رده بعد اضرار عليه وهو لا يجوز فلهذا قلنا لا يعتبر رده دفعا للضرر عن الموصي (وان رد في وجهه) اي وجه الموصي (يرتد) لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لتوقف على قوله (فان لم يقبل) الموصى اليه (ولم يرد) بل سكت (حتى مات الموصي فهو) اي الموصى اليه (مخير بين القبول وعدمه) لانه ليس للموصي ولاية الالزام فبقي مخيرا (وان باع) الموصى اليه (شيئا من التركة لم يبق له رد وان) كان (غير عالم بالايصاء) فصار بيعه التركة كقبول الوصية وبعد بيعه وان لم يكن عالما بالايصاء بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالوكيل فباع حيث لا ينفذ ولا يكون البيع من غير علم قبولا (فان رد الوصي) الوصاية (بعد موته) اي موت الموصي (ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده) ولم يخرجه من الوصاية لما قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب الا ان القاضي اذا اخرجه من الوصاية يصح لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كان له اخراجه بعد قبوله حتى اذا رآى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت يتصرف فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعدما اخرجه القاضي لا يلتفت اليه لانه قبل بعدما بطلت الوصاية باخراج القاضي اياه (وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي ونصب غيره) اي اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضي عن الوصاية

واستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية كانت لهم صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول ويدل عليه ما في السراجية من قوله اذا اوصى الى عبد اوذمي اوفاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ولوتصرفوا قبل الاخراج جاز انتهى وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة ثم الاخراج كما ذكره الزيلعي ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ماعرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالجناية فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يعذر بذلك في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف مااذا اوصى الى مكاتبه اومكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن (وان) اوصى (الى عبده فان كان كل الورثة صغارا صح) الايصاء عند الامام لانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة (خلافا لهما) وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع الامام ومرة مع ابي يوسف ووجه القياس ان الولاية منقدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ووجه ماذكره الامام مر بيانه (وان كان فيهم) اى في الورثة (كبير بطل) الايصاء الى عبد نفسه (اجماعا) لان للكبير ان يمنع العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية (ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية) اى امورها (ضم) القاضي (اليه) اى الى العاجز (غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي الى القاضي ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه (وان كان) الوصي (قادرا) على القيام بامور الوصاية (امينا لايخرج) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضي (وان يشكي به الورثة) كلهم (او بعضهم منه) اى من الوصي (مالم تظهر منه خيانة) قال الزيلعي لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا ترى ان الوصي يقدم على ابي الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت

الورثة او بعضهم اليه لاينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت منه الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لوكان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له ولم يذكر ما اذا فعل القاضي ما ليس له وعزل الوصي العدل المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان في فتاواه حيث قال وصي الميت اذا كان عدلا كافيا ولا ينبغي للقاضي ان يعزله واذا لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لا يعزله ولكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضي العدل الكافي ينعزل كما ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وقال ابن الشحنة في شرح الوهبانية قلت وفي وسيط المحيط ان القاضي يصير جائرا اتفاقا وعند بعض المشايخ لا ينعزل العدل الكافي بعزل القاضي لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضي وعزي في القنية العزل الى العدل الكافي لخواهر زاده وان ظهير الدين المرغيناني استبعده لانه مقدم على القاضي لانه مختار الميت وان استاذه البديع قال اذا كان هذا في وصي الميت فكيف وصي القاضي ونحوه في المبسوط والهداية انتهى وفي جامع الفصولين الوصي من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله فلو عزله قيل ينعزل اقول الصحيح عندي انه لا ينعزل لانه كالوصي وهو اشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله وينبغي ان يفتى به لفساد قضاة الزمان كما في المنح فقد افاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي (وان اوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف في مال الميت وان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند الطرفين وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو اوصى الى رجلين ثم ان احدهما تصرف في المال غير الاشياء المعدودة ثم اجاز صاحبه فانه يجوز ولا يحتاج الى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم ان ما ذكره في الجوهرة من الاشياء المعدودة التي يجوز لاحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله (الا شراء كفن وتجهيز) فانه لا ينبني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت الا يرى انه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) في حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعواهما لاختلاط كلام احدهما بالآخر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين ايضا (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) اى الدين الذي له على الغير (وشراء حاجة للطفل) لان في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري (وقبول الهبة له) اى للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام وكل من هو في يده (ورد

ودبعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج الى الرأى في ذلك كله بخلاف ما اذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها الى الرأى فلا ينفرد احدهما بذلك دون الآخر (ورد مغصوب) فيجوز لاحد الوصيين الانفراد برده دون الآخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر في اطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمل (او مشترى شراء فاسدا) فلكل واحد منهما ان ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج الى الرأى (وجمع اموال ضايعة وحفظ المال) لان في التأخير الى اجتماعهما خوف الفوات (و بيع ما يخاف تلفه) اى يسرع الفساد اليه في التأخير الى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف يجوز الانفراد) لكل واحد منهما (مطلقا) ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبت لكل واحد كاملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزى لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلابد من مراعاة صفة التفويض والموصى انما فوض الولاية اليهما معا وهذا الشرط مفيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فانه رضى الا برأى الاثنين ورأى الواحد لا يكون اليهما بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهى قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للوصى ولهذا بقى مخيرا في التصرف بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد في الاشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع ذكره الحلوانى قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره الاسكاف وقال في المبسوط هو الاصح كما في التبيين (فان مات احد الوصيين اقام القاضى غيره مقامه ان لم يوص الى احد) اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت والورثة وعند ابى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف لكن الموصى قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الوصى الميت (وان اوصى) الوصى الذى مات (الى الحى جاز) الايصاء (ويتصرف) الحى (وحده) في ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى

آخر لان رأي الميت يكون باقيا حكما برأي من يخلفه وروى الحسن عن الامام ان الحي لا ينفرد بالتصرف لان الموصي لم يرض بتصرفه وحده ولا يكون للوصي ان يوصي بما يعلم ان الموصي لم يرض به بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان الموصي رضي رأي الاثنين وقد وجد (ووصي الوصي وصي في التركتين) اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض له الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي رأيه ولم يرض برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء (وكذا ان اوصى) الوصي الميت (اليه) اي الى آخر (في احدهما) اي في احدى التركتين يعني اذا اوصى الى الآخر في تركته يكون وصيا فيهما عند الامام لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهما (خلافا لهما) فانهما قالا يقتصر على تركته لانه نص عليها ثم ان قول المص في احدهما يفيد عموم الوصية لتركته او تركة موصيه لكن المذكور في عامة الكتب انه اذا اوصى في تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكر واما اذا اوصى في تركة موصيه لكن قال المولى المعروف باخي قول المص او مال موصيه يشعر بعدم كونه وصيا فيهما على تقدير ذكر مال الموصي وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية في المعتبرات بل الموجود فيها انه اذا جعله وصيا في مال نفسه فقط او مع مال موصيه او قال جعلته وصيا بغير قيد في جميع ذلك يصير وصيا في المالين وما يشعر في المتن ليس واحدا منها انتهى (وتصح قسمة الوصي) نيابة (عن الورثة مع الموصى له) سواء كان الورثة كبارا او صغارا اي يجوز للوصي ان يقسم التركة بين الورثة الكبار او الصغار وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له (ولا يرجعون) اي الورثة (على الموصى له لو هلك حظهم في يد الوصي) لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في نصيبه (لا) تصح (مقاسمته) اي الوصي (معهم) اي الورثة نيابة (عن الموصى له) والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به فصلح الوصي خصما عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة او قائما مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان للموصى له ملكا جديدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصلح الوصي خصما عنه عند غيبته فلم يكن

تصرفه كتصرفه اذا كان غائباً فلم تصح القسمة عليه (فرجع) الموصى له (عليهم) اى على الورثة (بثلث مابقى لو هلك حظه فى يد الوصى) لان القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ماتوى من المال المشترك على الشركة ويبقى مابقى على الشركة (وصحت) القسمة (للقاضى لو قاسمهم) نيابة (عنه) اى الموصى له (واخذ قسطه) اى نصيب الموصى له الغائب لان للقاضى ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه واذا صحت القسمة من القاضى كان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فان فعل ذلك وهلك المقبوض فى يده عن الغائب لم يكن للموصى له على الورثة سبيل ولا على القاضى (وفى الوصية بحج لو قاسم الوصى الورثة فضاع عنده) اى الوصى (يؤخذ للحج ثلث مابقى) فى يد الوصى يعنى اذا اوصى الميت بحج فقاسم له الوصى مع الورثة واخذ المال الموصى به فضاع فى يده احج عن الميت بثلث مابقى من التركة (وكذا لو دفعه) اى دفع الوصى المال الموصى به (لمن يحج فضاع فى يده) المدفوع اليه واللام فى لمن بمعنى الى يؤخذ للحج ثلث مابقى من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث مابقى وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف ان بقى من الثلث شئ اخذ والا فلا) لان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها مابقى محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها (وعند محمد لا يؤخذ شئ) لان القسمة حق الوصى الا يرى انه لو افرز الموصى نفسه مالا يحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصى الذى قام مقامه (ولو باع الوصى من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه الموصى بنفسه حال حيوته جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصى لانه قائم مقامه وذلك لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف ماكن فيه (وان اوصى ببيع شئ من تركته والتصدق به) على المساكين (فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع فى يده واستحق المبيع ضمنه) اى ضمن الوصى الثمن للمشترى لانه عاقد التزم للعهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لان المشترى منه لم يرض بدفع الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده (ورجع الوصى به) اى بما ضمن (فى التركة) اى تركة الميت لانه عامل للميت فى تنفيذ وصيته فيرجع عليه

كالوكيل وكان الامام يقول لايرجع لانه ضمن بعمله وهو القبض ولا يرجع على غيره ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لانه بدلها فاخذ حكم الوصية ومحلها الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع لانه لاعهدة وفى الزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء لنفار الناس عن تقلد الامانة خوفا عن لزوم الضمان وفى تعطيله تعطل مصالح الناس وامين القاضي سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ لان البيع وقع للميت لاللورثة وصار كسائر الديون التي تكون على الاموات المفالس (واو قسم الوصى التركة فاصاب) الوارث (الصغير شئ منه) الوصى (وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشئ) الذى باعه الوصى (رجع) الوصي (فى مال الصغير) لانه عامل له (و) رجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه (ولايصح بيع الوصى ولاشراؤه الا بالتغابن) على صيغة المجهول (فيه) نائب الفاعل ليتغابن ولايصح بالاستغابن فى مثله لان تصرفه مقيد بالنظر فى حق الصغير قال الله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الابالتى هى احسن ولان النظر فى الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لان فى اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم المالكية اذالاذن فك الحجر اما الوصى فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فتقيد بموضع النظر وعندهما لايجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذى فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلايملكه من لايملك الهبة (ويصحان) اى بيع الوصى وشراؤه (من نفسه ان كان فيه نفع) للصغير كما اذا باع الوصى متاعه يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير او اشترى من متاع الصغير مايساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه صح (خلافا لهما) قياسا على الوكيل وللامام ماتلونا من قوله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الابالتى هى احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعى اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لايتيم فلا يجوز على قول محمد واظهر الروايات عن ابى يوسف انه لايجوز على كل حال هذا فى وصى الاب واما وصى القاضي فلايجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله والاب ان اشترى شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة اوبغبن يسير وقال المتأخرون من اصحابنا لايجوز للوصى بيع عقار

الصغير الا ان يكون على الميت دين او رغب المشتري بضعف قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وزاد في الفوائد الزينية على مانقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلا عن الظهيرية احداها اذا كان في التركة وصية مرسلة لايمكن تنفيذها الامنه وفيما اذا كانت غلاته لاتزيد على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا او دارا يخشى عليه النقصان انتهى وزاد في الخانية اخرى وهي اذا كان العقار في يد متغلب وخاف الوصي عليه فله بيعه انتهى (وله) اى للوصي (دفع المال) اى مال الصغير (مضاربة وشركة وبضاعة) لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي (وله قبول الحوالة على الاملاء) من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل عليه المحيل المديون (لا على الاعسر) من المحيل المديون لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا ولايرى الرجوع على الاول بخلاف ما اذا كان المحتال عليه املاء واقدر على اداء الدين من المديون الاول فانه يجوز لكونه خيرا لليتيم وان لم يكن خيرا لليتيم بان كان الثاني افلس من الاول لايجوز بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول يسارا واعسارا هل يجوز ام لا اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لايجوز (ولا يجوز له) اى للوصي (ولا للاب الاقراض) لانه ليس فيه منفعة دنيوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للاب الاقتراض) اى اخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفرق بينهما ان الاب ان يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولاكذلك للوصي (ولايتجر) الوصي (في مال الصغير) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ويجوز بيعه) اى بيع الوصي (على الكبير الغائب) اذا كان المبيع (غير العقار) لان الاب يلي بيع ماسوى العقار ولايليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لايملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند الامام جاز له بيعه كله لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لايملك لانه نادر كما في التبيين (ووصي الاب احق بمال الصغير من جده) لان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيقدم على الجد كالاب نفسه وعند الشافعي الجد احق به بحيث اقامه

بالشرع مقام الاب فتقدمه (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) اى ان لم يوص الاب الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب في الارث حتى ملك الانكاح دون الوصي اما وصي الاب فانه يقدم عليه كما سبق آنفا

(فصل)

وفي النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها اتمام عن اقسامها فيه (شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة فاذا بطلت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان الموصي ضم اليهما ثالثا واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث فالقاضي يضم ثالثا فكذا هنا (الا ان يدعيه زيد) اي يدعي زيد انه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء فيما اذا مات ولم يترك وصيا وله ولاية ضم آخر اليهما فكان هذا منه في ضم مدعي الوصاية (وكذا) لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر ذلك لانهما بشهادتهما يجران نفعا وهو ان يكون معينا لهما حافظا للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ما ذكر في المسألة الاولى (ولغت) اي بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعني لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على آخر فلا تقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من غيره للتهمة في شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير في مال انتقل اليه من الميت) للتهمة في شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحت) شهادتهما (له) اي للكبير وحده (في غيره) اي في غير مال انتقل اليه من الميت لانه لا ولاية لهما في ذلك المال لان الميت انما اقامهما مقامه في تركته لا في غيرها هذا عند الامام (وعندهما تصح) شهادتهما (للكبير في الوجهين) اي في مال انتقل اليه سواء كان من الميت او غيره لانه لا تصرف لهما في حضرة الكبير فعريت شهادتهما عن التهمة وللامام ما بيناه آنفا من التهمة عند غيبة الكبير فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصي على الميت جائزة) لانتفاء التهمة في هذه الشهادة فتجوز عليه (لا له) اي للميت لما فيها من تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) عن الوصاية

(وان لم يشاهدم) اى وان لم يكن الوصى خصما فى هذه الصورة بان عزله القاضى ونصب غيره خصما فى هذه الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جرلنفسه مغنما زمان وصايته فيشهد ثبوتا من زواله (ولو شهد رجلان لآخرين بدين الف) يجوز ان يكون الف مضافا اليه وان يكون بدلا من دين اذا قرئ منكرا وعلى وجه الاضافة فهى بيانية (على ميت و) شهد (الآخران لهما) اى للشاهدين الاولين (بمثله) اى بمثل ذلك الدين وهو الف (صحتا) اى الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافا لابى يوسف) فانه لا تصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة فى ذلك المال الذى اثبتاه على الميت ولهما ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبى بقضاء دين احدهما لا يشاركه الآخر وروى الحسن عن الامام انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم بعد ذلك ادعى ذلك الشاهدان دينا آخر على الميت فيشهد لهما الفريقان الاولان تقبل ووجه هذه الرواية انهما اذا جاؤا معا كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر فتحققت التهمة بخلاف ما اذا كانت دعوى الفريق الآخر فى وقت آخر فانه حيث ثبت الحق للفريق الاول بلا تهمة والثانى لا يزاحمه فصار كالاول فى انتفاء التهمة (ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لا تصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة فى شهادة الالف الدين (ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له) اى لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة فى الشهادة باق كما فى صورة الشهادة بالدين او الوصية بالالف تأمل (وان شهد) الفريق (الآخر له) اى الفريق الاول (بوصية ثلث لا تصح) يعنى اذا شهد الفريق الاول بوصية عبد للفريق الآخر وشهد الفريق الآخر بوصية ثلث لا تصح شهادة كل واحد من الفريقين لما ان الشهادة فى الصورة الاخرى ايضا تثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله اعلم

(كتاب الخنثى)

وهو على وزن فعلى بالضم اورده عقيب الوصايا لان المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال من هو ناقص الخلقة (هو) الخنثى من الخنث بالفتح والسكون وهو اللين والتكسر والفها للتأنيث ولهذا لا يلحقها الف ولا نون وكان القياس ان يوصف بالمؤنث

ويؤيده التصحيح الراجح كما هو المذكور في كلام المصنف لان المصنف .. امروا الى
عشر شيوخ الثابت في دينه لم يلحقه علامة الانوثة في وجهه وانه كره تغسيلها
المذكورة وفي القهستاني واعلم انه يورث لانه شخص معلوم عندنا فذكر ذكرا الى الاصل
كالطير والمشكل (من له ذكر وفرج) اى ماله آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به
من عري عن الآلتين جميعا وفي القهستانية في حلاجة لانه قال وفي ذكره اشعار بانه لو
لم يكن له شيء منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولهذا قال الامام
وابو يوسف انا لا ادري انه وقال محمد انه في حكم الانثى (فان بال من احدهما
اعتبر به) اى ان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبي عليه السلام
سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان البول من اى عضو كان فهو
دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما)
اى من الذكر والفرج (فالمعتبر الاسبق) لانه يدل سبق خروجه على انه المقصود
الاصلي (وان استويا) في الخروج (فهو مشكل) اى غير محكوم عليه بكونه
ذكرا او انثى عند الامام وقال لا علم لي به وهذا من جملة ما توقف فيه من كمال
ورعه (والاعتبار بالكثرة) اى كثرة البول في كونه ذكرا او انثى عنده (خلافا
لهما) فانهما قالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو ولكونه عضوا
اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وبه قالت الائمة
الثلاثة وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما
وضيق في الآخر (فاذا بلغ) اى الخنثى بالسن (فان ظهر بعض علامات الرجال
من نبات اللحية او قدرة على الجماع او احتلام) كالرجل او كان له ثدي مستو
(فرجل) اى فحكمه حكم الرجال (فان ظهر بعض علامات النساء من حيض
وحبل وانكسار ثدي ونزول لبن فيه وتمكين من الوطء فامرأة) اى فحكمه حكم
النساء (وان لم يظهر شيء) من علامات المذكورة ولا من علامات الانوثة
(او تعارضت) هذه المعالم مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية او يأتي ويؤتى
(فمشكل) اى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن يعد اضلاعه فان اضلاع
الرجل تزيد على اضلاع المرأة بواحد (قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ
فلا اشكال) وفي المبسوط اذا بلغ صاحب الآلتين لا بد ان يزول الاشكال لانه
اما ان يجامع بذكره او نبتت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل وان نبت له
ثدي كثدي المرأة او رأى حيضا او حبل كالحامل او ظهر به حبل او نزل
في ثديه لبن فهي امرأة كما في المنح (واذا ثبت الاشكال اخذ فيه) اى في الخنثى
المشكل (بالاحوط فيصلي بقناع) لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير قناع
يجب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس في صلاته جلوس

المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن (ويقف بين صفي الرجال والنساء فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فلو وقف في صفهم) اى في صف الرجال فصلوته تامة لكن (يعيد) صلاته (من لاصقه من جانبيه ومن بحذائه من خلفه) لاحتمال انه امرأة فتفسد صلاتهم وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامام الامامة فلاحاجة الى ان يعيد هؤلاء صلاتهم بل يعيد هو احتياطا (وان وقف في صفهن) اى صف النساء (اعاد) صلوته (هو) اى الخنثى (فقط) لاحتمال انه رجل فيجب الاعادة احتياطا (ولا يلبس) الخنثى (حريرا ولا حليا) لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما يتردد بينه وبين الاباحة (ويلبس المخيط في احرامه ولا يكشف نفسه عند رجل) لانه لو كان مراهقة لم ينظر الى ماسوى الوجه والكف منه ولو كان مراهقا لم ينظر الى ماتحت سرته الى ركبتيه (ولا عند امرأة) لانها لا تنظر الى ماتحت السرة الى الركبة مراهقا كان او مراهقة) كما في القهستاني (ولا يخلو به) اى بالبالغ وما في حكمه (غير محرم من رجل او امرأة) تحرزا عن احتمال الحرام (ولا يسافر بلا محرم) من الرجال ولا مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم وهو غير جائز (ولا يختنه رجل ولا امرأة) تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل وامرأة ولكن قد تقدم انه يجوز للطبيب والجراح النظر الى موضع النظر للضرورة والظاهر ان النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما في البرجندي لكن النظر ليس بمحله لان الختان عندنا سنة تدبر وهذا اذا كان مراهقا والا فللرجل ان يختنه (بل تبتاع له امة) عالمة بالختن (تختنه من ماله ان كان له) اى للخنثى مال لانه يجوز لمملوكته النظر اليه رجلا او امرأة في حال العذر (والا) اى وان لم يكن له مال (ففي بيت المال) يقترض ثمنها ويشتريها لانه اعد لنوائب المسلمين وهذا اذا كان ابوه معسرا والا ففي مال ابيه (ثم) اى بعد الختن (تباع) الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها وفيه اشعار بانه لا يتزوج عالمة بختنه على ماقال شيخ الاسلام وذهب الحلوانى الى انه يتزوجها لانه ان كان امرأة ينظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو والا فكنظر المنكوحة الى الناكح (فان مات قبل ظهور حاله) من الذكورة والانوثة (لا يغسل) للاحتمالين (بل ييمم) لانه لا يمس شيئ فيه الا الوجه واليد بخلاف الغسل وفيه اشعار بان لا تشترى لاجل الغسل امة لانها اجنبية بعد الموت ولا حاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن في القهستاني هذا اذا كان المتيمم محرما فقد ييمم بالخرقة (ويكفن في خمسة اثواب) كما تكفن

المرأة فهو احب لاحتمال انه انثى (ولا تحضر غسله مراهق ولا مراهقة ولا رجل ولا امرأة) لاحتمال الحالين (وندب تسجية قبره) اى ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه انثى وستر قبرها واجب (ويوضع الرجل) اى جنازته لانه ذكر يقينا (مما يلى الامام ثم هو) اى الخنثى بقرب الرجل مما يلى القبلة (ثم) توضع (المرأة) بقرب الخنثى ليبعد من المطران صلى عليهم جملة رعاية لحق الترتيب وفيه اشعار بان الافضل عند اجتماع الجنائز ان يصلى على كل منفردا لانه ابعد عن الخلاف (وله) اى للخنثى المشكل (احسن النصيبين من الميراث عند الامام) واصحابه وعليه الفتوى كما فى السراجية وفى الكفاية ان محمدا مع الامام وفى المطر ان ابا يوسف معهما فى ظاهر الاصول اى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شئ له ثم فرعه وقال (فلو مات ابوه عنه) اى الخنثى (وعن ابن فللابن سهمان وله سهم) عنده لان الاقل متيقن وفيما زاد عليه شك والمال لا يجب بالشك ولو تركه ويقسم المال بينهما نصفان فرضا وردا وفى القهستانى وذا فى صورتين الاولى ما يفرض فيه الخنثى انثى كما ذكر فى النص والثانية ما يفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين احديهما ما يكون فيه الخنثى محروما كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم وهو السدس تكملة للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة من ستة الى سبعة وان كان اخا محروم لانه عصبة لم يبق له شئ بعد فرضهما وهو النصفان ولا ريب انه احسن الحالين فيفرض كونه ذكرا والثانية ما يكون غير محروم كما اذا تركت زوجا واما وخنثى لاب وام فانه ان كان الخنثى اختا لاب وام فله نصف كالزوج وللام ثلث فتعول المسئلة من ستة الى ثمانية وان كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولا يخفى انه اخس الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا (و) فيما اذا ترك الخنثى (ابا وابنا عند الشعبى له نصف النصفين وهو ثلاثة من سبعة عند ابى يوسف) تخريجا او مذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد كل الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف واحد والمجموع ثلاثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة فيجعل للخنثى ثلاثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة (وخمسة من اثنى عشر عند محمد) تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما نصفين (ولو كان انثى كان المال بينهم اثلاثا فيكون له نصف النصف) اى الربع (ونصف الثلث) اى السدس والباقى للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه ثلاثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهى للخنثى والباقى

اي سنة للابن والتفاضل بين التفسيرين في هذه الصورة انما هو بثلث ربع السبع كما لا يخفى على المحاسب (ولو قال سيده كل عبد لي حر او كل امة لي حرة لا يعتق مالم يستبن) لان الحنث لا يثبت بالشك ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى (ولو قال بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل) قوله على الصحيح لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وقبله) اى قبل اشكاله (يقبل) لان الانسان امين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال

(مسائل شتى)

قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر بحق ذكره فيه خصوصا اذا انتهى الكتاب (كتابة الاخرس) مبتدأ خبره الآتي كالبيان (وايماؤه بما يعرف) متعلق بقوله وايماؤه (به اقراره بنحو تزوج) متعلق بالكتابة والايماء على طريقة التنازع وكذا ما عطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه او له كالبيان) اذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام المذكورة بالاشارة لان الاشارة يكون بيانا من القادر فاطلك من العاجز وفي الهداية واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان معهودا منه في نعم انتهى وفيه كلام لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله نعم تبين ان وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم تبق حاجة في تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لا يخفى ان هذا الكلام لا ورود له لان شأن الشارحين ان يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الايضاح فان من لم يتفطن لكلامهم قال ما قال (ولا يحد) الاخرس (لقذف ولا لغيره) كالزنا او شرب الخمر اى لا يكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف ولا كتابته وايماؤه بالاقرار بالزنا او شرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندرئ بالشبهات وفي كتابته وايمائه شبهة وكذا لا يحد له اذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا للقاذف كما في الحدود (ومعتقل اللسان) اى الذي احتبس لسانه بحيث

ويقدر على النطق (وان امتد به ذلك) الى ان قال الى سنة في رواية وقيل قدر
الامتداد الى اوان الموت وروى عن الامام انه قال اذا دامت العقلة الى وقت
الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى
زواله قالوا وعليه الفتوى ذكره الامام المحبوبي (وعلمت اشارته) اى المعتقل
(فهو كالاخرس والا) اى وان لم يمتد او لم تعلم اشارته (فلا) يكون كالاخرس
حكما هذا عندنا لان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس
دون المعتقل ولان الضرورة في الاصلي لازمة وفي العارضي على شرف الزوال
الا اذا عهدت الاشارة بالامتداد فحينئذ يكون بمنزلة الاخرس وعند الشافعي حكم
المعتقل كحكم الاخرس في الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولا فرق بين
الاصلي والعارض ولا بين القديم والحادث (والكتابة من الغائب ليست بحجة)
لانه قادر على الحضور فلا تكون في كونها حجة ضرورة بخلاف الاخرس لكن
(قالوا الكتابة على ثلاثة) اوجه (اما مستبين مرسوم) اى معنون مصدر
مثل ان يكتب في اوله من فلان الى فلان او يكتب الى فلان وفي آخره من فلان
على ما جرت به العادة (وهو) اى هذا المذكور من الكتابة (كالنطق
في الغائب والحاضر) على ما قالوا فيلزم حجة وفي زماننا الختم شرط لكونه
معتادا وكذا الكتب على كاغد حيث يشترط بناء على العرف المعروف حتى
لو كتب على الحجر يكون غير مرسوم فلهذا قال (واما مستبين غير مرسوم
كالكتابة على الجدر واوراق الشجر وينوى فيه) فليس بحجة الا بالنية والبيان
لانه بمنزلة الكناية من الصريح فلا يصلح حجة (واما غير مستبين كالكتابة على
الهواء والماء) وهو بمنزلة كلام غير مسموع (ولا يعتبر فيه) فلا يثبت به الحكم
وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس في حق هذه الاحكام للضرورة
لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ
كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك
والعلة في القصاص حق العبد والحدود حق الله تعالى وهي تسقط بالشبهات
(واذا اختلطت الذكية بميتة اقل منها) اى من الذكية (تحرى واكل)
في حالة الاختيار (والا) اى وان لم تكن الميتة اقل منها بل مساوية او اكثر
(فلا يؤكل حالة الاختيار و) لكن (يتحرى) في اكلها (عند الاضطرار)
وفي الهداية فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر
او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار واما في حالة
الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة
فالتي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية

فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعى لايجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لايمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لاضرورة (واذا احرق رأس الشاة المتلطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز) استعمالها (والحرق كالغسل) لان النار تأكل مافيه من النجاسة حتى لايبقى فيه شئ او تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لاينجس الخبز (واوجعل السلطان الخراج لرب الارض جاز بخلاف العشر) هذا عند ابى يوسف وعند الطرفين لايجوز فيهما لانهما فى جماعة المسلمين وله ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة ولايجوز تركه عليه وعلى قول ابى يوسف الفتوى كما فى التبيين وغيره واذا ترك الامام خراج ارض رجل او كرمه او بستانه ولم يكن اهلا اصرف الخراج اليه عند ابى يوسف يحل له وهو الفتوى وعند محمد لايحل له وعليه ان يرده الى بيت المال اوالى من هو اهل لذلك وان لم يفعل اثم واوترك العشر لايجوز بالاجماع (واودفع) الامام (الاراضى المملوكة الى قوم) اى ان عجز اصحاب الخراج عن زراعة الارض واداء الخراج ودفع الامام الاراضى الى غير اصحابها (بالاجرة) اى يواجرها من القادرين على الزراعة و يأخذ الخراج من اجرتها (ليعطوا الخراج) لمستحقه (جاز) ذلك من الامام لما فيه من المصلحة فان فضل شئ من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لاوجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولاوجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة ولولم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلافوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها قيل هذا قولهما لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند الامام فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام بين هذا و بين غيره من

تمرون ان فى هبدا (لامه خبزه) ساص لامع عام ولا زيادة الصرد من له وذلك جاز ضد ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له ودين الميت فى التركة فان تقاصى يتلك السع فهذا التعلق الحق بالرقبة كما فى التبيين (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اى يوم صح) اى لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ونوى عن قضاء رمضان ولم يعين انه عن يوم كذا جاز وكذا الوضام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد (ولو عن رمضانين فلا) يصح (فى الاصح) مالم يعين انه صام عن رمضان سنة كذا كما فى التبيين (وكذا) لا يصح (فى قضاء الصلاة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او آخر ظهر او ظهر يوم كذا) ولو نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعينه وكذا الوقت معين بكونه اولا واخرا فاذا نوى اول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا فيدخل فى نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا المخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه (وقيل يصح) نيته عن رمضانين ونيته ظهرا عليه مثلا (فيهما) اى فى قضاء الصوم وقضاء الصلاة (ايضا) اى لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح (ولو ابتلع الصائم برق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة والا) اى وان لم يكن حبيبه (فلا) يلزمه الكفارة ويجب القضاء كما بينه فى موضعه (وقيل بعض الحاج عذر فى ترك الحج) لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بين فى موضعه ولا يحصل ذلك مع قتل البعض فى طريق الحج فكان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بتركه (ومن قال لامرأة عند شاهدين توزن من شدى) يعنى انت هل صرت زوجة لى (فقالت المرأة شدم) اى صرت (لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل قبول كردم) لان قولها شدم ايجاب فلم يوجد القبول لا ينعقد وقوله ابتداء توزن من شدى وارد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة (ولو قال لها) اى للمرأة عند شاهدين (خويشتن رازن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت المرأة كردانيدم) اى جعلت (فقال) الرجل (پذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح بينهما لان قولها كردانيدم ايجاب وقوله پذيرفتم قبول (ولو قال لرجل دختر خويشتن رابپسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لائقة لابنى (فقال داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) ما لم يقل قبول كردم لان هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك (ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها) اى المرأة (وهو) اى والحال ان الزوج (يسكن معها فى بيتها) اى فى بيت المرأة (كانت المرأة

ناشزة) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها مادامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها (ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه فلا) تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام وكذا لاتكون ناشزة لوكان المنع اينقالها الى منزل الزوج وكذا اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكن الوطئ كرها غالبا فلا يعد منعا (ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد) نفس المتكلم وحده (بيتا على حدة فليس لها ذلك) لانه لابد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك (ولو قالت المرأة مرا طلاق ده فقال) الزوج (داده كير او كرده كير او داده باد او كرده باد) معناه اعطى طلاقا فقال افرضي وقدري انه قد اعطى اوانه قد فعل اوانه كان اعطى اوانه كان قد فعل لان قوله كير معناه الاصلي امسك لكن معناه هنا افرضي وقدري (ان نوى) الطلاق (يقع والا) اي وان لم ينو (فلا) يقع لاحتمال الوعد والايقاع فيحتاج الى نية الايقاع (ولو قال) الزوج (داده است) في جواب قولها مرا طلاق ده (او كرده است يقع) الطلاق (وان) وصلية (لم ينو) لانه لايحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية (ولو قال داده آنكار و كرده آنكار لايقع) الطلاق (وان) وصلية (نوى) الوقوع والفرق بينهما ان في الاول اخبارا عن الوقوع فيقع مطلقا وفي الثانية ليس باخبار لان معنى قوله داده آنكار افرضي انه وقع اواحسبي فلا يقع به شئ (ولو قال ده مرا نشايد تاقيامت) يعني هي لاتليق لي الى يوم القيمة (او همه عمر) اي هي لاتليق في جميع عمري اومدة عمري (لايقع) الطلاق (الا بالنية) لانه من الكنايات (ولو قال لها حيله زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث) لان معنى كلامه افعلي حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظي عدتك اوعدي ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لاتشتغل بامور العدة الابعد تيقن وقوع الثلاث (ولو قال حيله خود يشتى كن فلا) يكون اقرارا بالطلاق الثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم وفي التنوير قال ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق امرأته لان من المشركين من لايعذب وتمامه في شرحه فليطالع (ولو قالت امرأة (له) اي للزوج (كابين ترا بخشيدم) معناه وهبت لك المهر (مرا جنك بازدار) معناه خلصنا من نزاعك (فان طلقها) اي الزوج المرأة سقط المهر (والا) اي وان لم يطلقها (فلا) يسقط المهر للتعليق (ولو قال لعبده يامالكي اولامته انا عبدك لايعتق) اي لايقع العتق في العبد ولا في الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا يكون فيه شي مما يقتضي العتق بخلاف قوله لعبده يا ولاي

لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق (ولو دعى الى فعل فقال) المدعو (يومن ستاوكند است) يعني على اليمين (كه اين كار) يعني هذا الفعل (نكنم) اى لا افعل (فهو اقرار باليمين بالله تعالى) لا باليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا على المشروع وهو اليمين بالله تعالى (وان قال يومن سوكند است بطلاق) فمعناه على اليمين بالطلاق (فاقرار بالحلف بالطلاق) للتصريح به حتى اذا فعله تطلق امرأته (وان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق) احتياطا في باب اليمين (وكذا) يكون اقرارا بالحلف بالطلاق (اوقال مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم) معناه انا حالف بيمين البيت ان لا افعل هذا الفعل فهو اقرار بالطلاق اعتبارا بالعرف (ولوقال المشترى للبائع بعد البيع ابهما بازده) معناه رد الثمن (فقال البائع بدهم) اى ارد (يكون فسخا) للبيع لان قول المشترى بهما بازده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البائع بدهم يتضمن قوله قبلت الفسخ وكان فسخا من الجانبين (العقار المتنازع) فيه (لا يخرج من يد ذى اليد ما لم يبرهن المدعى) على انه في يده اى اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعى انه في يد المدعى عليه و بتصديق المدعى عليه في ذلك بل لابد من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى يصح دعواه اوعلم القاضي في الصحيح كما مر في الدعوى لان يد المدعى عليه لابد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها و يحتمل ان يكون في يد غيره فبإقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة ولا يحتاج الى اثباتها بالبينة كما في الدرر وفي البزازية هذا اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى الشراء من ذى اليد واقراره بانه في يده فانكر الشراء واقر بكونه في يده لا يحتاج الى اقامة البينة على كونه في يده (ولا يصح قضاء القاضي في عقار ليس في ولايته لكن في التنوير عقار لافى ولاية القاضي يصح قضاؤه فيه وقال في شرحه وانما عدلنا عما اعتمده لما في البزازية والخلاصة من ان الصحيح ان قضاء القاضي في المحدود يصح وان لم يكن المحدود في ولايته انتهى وفي تبيين الكنز عمل صيدم صحة لقضاء بقوله لانه لا ولاية له في ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على من يعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر فقضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابي يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا انتهى وفي البزازية اثم اشار

اليه محمد هو رواية النوادر وبه يفتى (واذاقضى القاضى فى حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائى اوبدالى) اى ظهرلى (غير ذلك) القضاء (اووقفت فى تلبيس الشهود اوابطلت حكمى ونحو ذلك لايعتبر) قوله (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولايملك الرجوع عنه ولاابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعى الاترى ان الشاهد لمااتصل بشهادته القضاء لايصح رجوعه ولايملك ابطالها المامر فى موضعه فكذا القاضى وقال الشعبى كان رسول الله عليه السلام يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بعدالذى قضى بخلافه فلايرد قضاه فيستأنف وفى المحيط وهذا يدل على ان القاضى اذاقضى بالاجتهاد فى حادثة لانص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضى فى المستقبل بماهو احسن عنده ولاينقض مامضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأى دون نزول القرآن والنبى عليه السلام لم ينقض القضاء الذى قضى بالرأى بالقرآن الذى نزل بعده فهذا اولى بخلاف مااذاقضى باجتهاده فى حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله عليه السلام قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاه الاول والفرق ان القاضى حال ماقضى باجتهاده فالنص الذى هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الاانه خفى عليه وكان الاجتهاد فى محل النص فلايصح والنبى صلى الله عليه وسلم حال ماقضى باجتهاده كان الاجتهاد فى محل لانص فيه فيصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لذلك الشريعة كما فى التبيين وظاهره ان وقوع القضاء بالبينة لابد منه فى عدم صحة رجوع القاضى عنه وقيده فى الخلاصة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلمه يجوز له الرجوع وفى التنوير اذا قال الشهود قضيت وانكر القاضى بان قال لم اقض فالقول للقاضى على القول المفتى به مالم ينفذه قاض آخر امااذا انفذه قاض آخر لايكون القول قوله فى انه لم يقض لوجود قضائه الثانى به (ومن له على آخر حق فخبأ) صاحب الحق (قوما ثم سأل) اى سأل الآخر (عنه) اى عن الحق الذى عليه (فاقربه) اى بذلك الحق (وهم) اى القوم (يرونه) اى المقر (ويسمعونه) اى يسمعون اقراره (وهو) اى المقر (لايراهم صحت شهادتهم عليه) بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن فى اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله تعالى عليه وسلم اذاعلمت مثل الشمس فاشهد والافدع (وان سمعوا كلامه ولكن لم يروه) اى المقر (فلا) تصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه

النهمة فيحتمل ان يكون القبر قديما الا اذا كانوا دخلوا البيت وقالوا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فوجدوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه كما في موضعه (ولو باع عقارا وبعض اقاربه البائع حاضر يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه بعده) بخلاف الاجنبي ولو جارا الا اذا تصرف المشتري فيه زرعا وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة بخلاف ما اذا باع الفضولي ملك رجل والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلافا لابن ابي ليلى وفي التبيين لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث ذكر انه لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع فيه اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع القريب انتهى لكن لم يقيده المص بقوله ان تصرف المشتري فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع ان الجار يخالفه قال ظهير الدين فتوى ائمة البخاري على ان سكوته لا يكون تسليما وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لا يجعل اقرارا وائمة خوارزم على رأي ائمة سمرقند حيث لا تسمع دعواه واختار القاضي في فتاواه انه تسمع في الزوجة لا في غيرها وفي البحر يتأمل المفتي في ذلك ان رأى المدعي الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم السماع وان رأى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلا يفتى الا بما اختاره اهل خوارزم (ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت المرأة فطالب اقاربها المهر منه وقالوا) اي الورثة (كانت الهبة في مرض موتها) اي المرأة (وقال الزوج) (لا بل في صحتها فالقول له) اي للزوج وفي التبيين والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه بموتها والزوج ينكر فالقول قول المنكر انتهى وقال صاحب

المنح فالقول للورثة هذا هو المعتمد كما في الخانية ونص كلامه رجل مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة ان المورث وهب له في صحته وقبضه ونفته الورثة قالوا ان كان ذلك في المرض فالقول يكون قول من يدعى الهبة في المرض وان اقاموا البينة فالبينة بينة من يدعى الهبة في الصحة كذا ذكر في الجامع الصغير انتهى (ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر وابنت يبطل فيما تدعى عليه عند ابي يوسف) وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار هذه الحالة فيحلف (وبه) اي بقول ابي يوسف (يفتى) لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه كما في التبيين وفي مجمع الفتاوى ان البائع لو اقر بقبض الثمن ثم قال لم اقبضه يحلف المشترى استحسانا وكذا لو اقر الواهب ثم انكر واراد استحلاف الموهوب يحلف وكذا لو اقر بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا لو اقر المشترى بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا عنده لا عند الطرفين وروى ان محمدا لما قلد القضاء رجع الى قول ابي يوسف (والاقرار ليس سببا للملك) لانه ليس بناقل للملك المقر الى المقر له لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه في الوجود فيمتنع فيه التخلف (ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا) الشيء (فسكت) المخاطب (صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت صحت الهبة وسقط الدين وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله (ومن وكل امرأته بطلاق نفسها لا يملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي كما في التبيين (ولو قال لآخر وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك) لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية كما في التبيين (ولو قال) لآخر وكلتك بكذا على اني

(كما اعزلتك فانت وكيلي) يكون معزولا بالمأمور له كان وكيلا لان ما نفيد عموم الافعال (فذا اراد ان يعزله بطريقه ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة) لانه اذا رجع عنهما لا يبقى لها اثر فاذا قال بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من المعلقة ثم ينعزل (وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان) الصلح (دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم من الدنانير او على شيء آخر في الذمة لانه صرف او بيع وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) اي وان لم يكن دينا بدين (فلا) يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على غير متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقدمي في موضعه (ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له) اي للمدعي (بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن فيه) بين الناس لان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يشهد المدعي بالبينة ويأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي (وان لم يكن له) اي للمدعي (بينة او كانت البينة غير عادلة لا يجوز) الصلح لان الاب يصير متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح (ومن قال لا بينة لي) على دعوى هذا الحق (ثم برهن) اي اقام بينة (صح) برهانه لانه يمكن ان تكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وعن الامام انها لا تقبل لظاهر التناقض والاصح الاول بخلاف ما اذا قال ليس لي حق على فلان ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض (وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد) لما مر وعن الامام انها لا تقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا ان وافق وفي التنوير قال تركت دعواي على فلان وفوضت امري الى الآخرة لا تسمع دعواه بعده وفي البزازية لو قال ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد فانه تقبل شهادته او قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بالحجة فانها تقبل ولو قال لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل ولو قال هذه الدار ليست لي او ذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا (وللامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهي الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته في حق الكافة فيما فيه النظر بهم وكان له ذلك من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين

كان له ان يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فيملك مايملكه (ومن صادره السلطان) بان اراد ان يأخذ منه مالا (ولم يعين السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله نفذ) بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ماطلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمديون اذا حبس بالدين فباع ماله لقضاء الدين الذى عليه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره فى الايفاء لافى البيع كما فى التبيين (ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لاتصح الهبة ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذا الاكراه على المال يثبت بمثله (وان اكرها) اى المرأة (على الخلع ففعلت يقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولايجب المال) اذ الرضاء شرط فيه وقد انعدم على ما بيناه فى الاكراه (ولو احالت) اى المرأة (انسانا بالمهر على الزوج) ليأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبته من الزوج لاتصح الهبة) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون اووهبه (ومن اتخذ بئرا اوبالوعة فى داره فنز منها) اى من البئر اوالبالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) اى تحويل ذلك الى موضع آخر (لا يجبر عليه) اى على التحويل لانه تصرف فى خالص ملكه (وان سقط الحائط منه) اى من ذلك اى من سبب النز لا يضمنه اى لايضمن صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب الضمان الابالتعدى (ومن عمر دار زوجته بماله) اى بمال الزوج (باذنها) اى باذن الزوجة (فالعمارة تكون لها) اى للزوجة لان الملك لها وقد صح امرها بذلك (والنفقة) التى صرفها الزوج على العمارة (دين له) اى للزوج (عليها) اى على الزوجة لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (وان عمرها) اى الدار (لها) اى للزوجة بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة لها) اى للزوجة (وهو) اى الزوج فى العمارة (متطوع) فى الانفاق فلايكون له الرجوع عليها به (وان عمر لنفسه بلااذنها) اى الزوجة (فالعمارة له) اى للزوج لان الآلة التى بنى بها ملكه فلايخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك كما فى التبيين لكن بقى صورة وهى ان يعمر لنفسه باذنها ففى الفرائد ينبغى ان تكون العمارة فى هذه الصورة له والعرصة لها ولايؤمر بالتفريغ ان طلبته انتهى (ومن اخذ غريما له فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع) اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار فلايضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق اودل دلالة السارق على مال غيره فان الدال

لايجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكن امسك هاربا من عدوحتى قتله العدو فان الممسك لايجب عليه الضمان فكذا هذا (ومن في يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه) اى هذا المال (الى والا قطعت يدك اوضربتك خمسين سوطا لايضمن الدافع (اودفع المال) الى السلطان لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره اوعلى الآخذ اية ماشاء المالك ان كان الآخذ مختارا والافعلى المكره فقط كما فى التبيين لكن ان كان المكره والآخذ هو السلطان فقط بشهادة قوله الى فلا معنى لقوله اوعلى الآخذ تدبر (ولو وضع فى الصحراء منجلا ليصيد به) اى بالمنجل (حمار وحش وسمى عليه) عند الوضع (فجاء) فى اليوم الثانى (ووجد الحمار مجروحا ميتا لايحل اكله) لان الشرط ان يجرحه انسان اويذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثانى اتفاقى حتى لووجده ميتا من ساعته لايحل لعدم شرطه (وبكره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج والخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح) لماروى الاوزاعى عن واصل بن جبلة عن مجاهد قال كره رسول الله عليه السلام من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال الامام الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بحرمته وكره ماسواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث كما فى التبيين لكن ان هذه الاشياء ان كانت من الخبائث ينبغى القول بحرمتها لان قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث يتناولها فكيف تجعل مكروهة وان لم يكن كذلك فلابد من الدليل على الكراهة بمعنى آخر وفى شرح الوهبانية تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ماسواه مكروها لانه ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وهو النص المفسر وهو قوله تعالى الا ان يكون ميتة اودما مسفوحا وبقية الستة لم تثبت حرمتها الا بالاجتهاد وبظاهر الكتاب المحتمل للتأويل والحديث (وللقاضى ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص ولايفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصى والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغى ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لوتصدق به عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض اولى كما فى التبيين وفى الاقضية انما يملك القاضى الاقراض اذالم يحصل غلة لليتيم امااذا وجدت فلا يملكه هكذا روى عن محمد وينبغى ان يشترط لجواز اقراض القاضى عدم وصى اليتيم ولوكان منصوب القاضى فانه لم يجز عند وجود الوصى وهو الصحيح كما فى الفصولين (ولو كانت حشفة الصبى ظاهرة) حيث (من رآه ظنه مختونا) بالختان انه

(لا قطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك ختانه على حاله) لان قطع جلدة ذكره لتكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان توارى الحشفة بقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فادونه لا يعتدبه لعدم الختان حقيقة وحكما (وكذا) جاز ترك ختان (شيخ اسلم وقال اهل البصيرة لايطيق الختان) للعذر الظاهر والختان سنة وهو من شعائر الاسلام وخصايصه فلو اجتمع اهل بلدة على تركه حاربهم الامام (ووقت الختان غير معلوم) عند الامام فانه قال لاعلم لى بوقته ولم يروعنهما فيه شئ (وقيل سبع سنين) وقيل لايختن حتى يبلغ وقيل اقصاه اثنى عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتبارا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والافلا وهو اشبه بالفقه وختان المرأة ليس بسنة (ولايجوز ان يصلى غير الانبياء والملائكة الابطريق التبع) كما يقال اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم ونحو ذلك وذلك لان فى الصلوة من التعظيم ماليس فى غيرها من الدعوات وهى زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولايليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز ويستحب الترضى للصحابة والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الاخيار وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضى للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد (ولا) يجوز (الاعطاء باسم النيروز والمهرجان) اى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفران قصد تعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كما بيناه فى موضعه (ولا بأس بلبس القلانس) لماروى ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك (وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل) لما مرانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لايعلمون ولهذا يقدم فى الصلوة وهى احد اركان الاسلام وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم والمراد باولى الامر العلماء فى اصح الاقوال والمطاع شرعا يقدم والعلماء ورثة الانبياء عليهم السلام على ماجاءت به السنة (ولحافظ القرآن ان يختم فى اربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بمافيه لامجرد التلاوة وذلك يحصل بالتأنى لابالتوانى فى المغالى فقدروا الختم اقله باربعين يوما يقرأ فى كل يوم حزبا ونصف حزب واقل ولله در المص ان يختم كتابه فى بيان قراءة القرآن وكيفية الختم

(كتاب الفرائض)

وجه التأخير بين فلا يحتاج الى البيان هى جمع فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضى النفقة اى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلوة والزكوة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما السنة بينتها وهذا العلم من اشرف العلوم قال صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة او سنة قائمة او فريضة عادلة وقد حث صلى الله عليه وسلم على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شئ ينزع من امتى (يبدأ من تركة الميت) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حيوته وان لم يكن يبدأ بتجهيزه ودفنه اعتبارا لحالة الحيوة فان المرأ يقدم نفسه فى حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه (بلا اسراف ولا تقتير) وهو قدر كفن الكفاية او كفن السنة او قدر ما يلبسه فى حيوته من اوسط ثيابه او من الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن المرأة على زوجها خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد وقاضيخان الفتوى على قول ابى يوسف (ثم تقضى ديونه) من جميع ماله الباقى بعد التجهيز والدفن اى ثم يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لا دين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم (ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقى بعد الدين) اى ثم يبدأ بوصيته اى تنفيذها من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين وفيما اكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة على ما مر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل تشريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه او اكثر (ثم يقسم الباقى بين ورثته) اى الذين ثبت ارثهم بالكتاب والسنة واجماع الامة (ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء) كما سيأتى مفصلا (ويبدأ باصحاب الفروض) اى كل صاحب سهم مقدر فى الكتاب او السنة او الاجماع كما ذكره السرخسى وتقديمهم على العصبة لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر (ثم) يبدأ (بالعصبات النسبية) فان العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض

النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعنى الزوجين (ثم) يبدأ (بالمعتق) بكسر التاء مذكرا كان او مؤنثا فان من اعتق عبدا او امة كان الولاء له و يرثه و يسمى ذلك ولاء العتاقة و النعمة (ثم عصبته) اى يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور وهذا قيد لابد منه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث (ثم الرد) اى يبدأ بعد العصبات السببية بالرد على ذوى الفروض النسبية لبقاء قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوى الفروض السببية (ثم ذوى الارحام) اى يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوى الفروض النسبية بذوى الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوى سهم (ثم مولى الموالاة) اى عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ فى جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا لكن فى الباقى من فرضه وتفصيل مولى الموالاة قد مر فى موضعه (ثم المقر له بالنسب) على الغير (لم يثبت) نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعنى ان هذا المقر له مؤخر فى الارث عن مولى الموالات ومقدم على الموصى له بجميع المال وفصله السيد فى شرح الفرائض فليطالع (ثم الموصى له باكثر من الثلث) اى اذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد على الثلث لاجل الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فله عندنا ما عين له كاملا وانما اخر عن المقر له بناء على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم بيت المال) اى اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة فى بيت المال على انها مال ضايع فصار فيئا لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث وعند الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما يقدم على ذوى الارحام والرد ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال (ويمنع الارث الرق) وافرا كان او ناقصا لان جميع ما فى يده من المال فهو لمولاه فلو ورثناه عن اقربائه اوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبى بلا سبب وانه باطل اجماعا (والقتل) كما مر تفصيله فى الجنايات (واختلاف الملتين) فلا يرث الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول على وزيد وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم واليه ذهب علماؤنا والشافعى كما مر تفصيله (واختلاف الدارين حقيقة) كالحربى والذمى (او حكما) كالمستأمن والذمى او الحربيين من دارين مختلفين كما مر ذكره فلا حاجة الى التكرار (والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه) اى اب الاب (والابن وابنه والاخ وابنه والعم وابنه والزوج ومولى النعمة) اى مولى العتاقة (ومن النساء سبع الام والجدة) اى ام الام (والبنت وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة) اى مولاة

وعصبة) اي المورث فذوا الفرض من له سهم مقدر والسهام المقدرة في كتاب الله تعالى ستة النصف) وقد ذكر في كتاب الله تعالى في ثلثة مواضع فقال وان كانت واحدة اي البنت فلها النصف وقال ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقال وله اخت فلها نصف ما ترك (والربع) وقد ذكر في موضعين حيث قال فلكم الربع مما تركن وقال ولهن الربع مما تركتم (والثمن) وقد ذكر في موضع حيث قال ولهن الثمن مما تركتم (والثلثان) وقد ذكر في موضعين حيث قال في حق البنات فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وفي حق الاخوات فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان (والثلث) وقد ذكر في موضعين حيث قال فلامه الثلث وقال وان كانوا اي اولاد الام اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث (والسدس) وقد ذكر في ثلثة مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس وقال وان كان له اخوة فلامه السدس وقال في حق ولد الام وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس ثم شرع في التفصيل فقال (فالنصف للبنت وبنت الابن عند عدمها) اي عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا عدمت البنت (و) النصف (للاخت الابوين وللاخت للاب عند عدمها) اي عدم الاخت لابوين (اذا انفردن) عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم ويكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتي (و) النصف (للزوج عند عدم الولد وولد الابن) وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لا يكون كذلك بل يكون لها معه الربع (والربع له) اي للزوج (عند وجود احدهما وان سفل) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امرأته (وللزوجة) الربع (وان) وصلية (تعددت عند عدمهما) اي الولد او ولد الابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد (والثمن لها) اي الزوجة (كذلك عند وجود احدهما) اي الولد او ولد الابن وان سفل لقوله تعالى فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى كل واحدة منهن ربما يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والثاني ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقوله ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع فيصير له

حاجتان (والثلثان لكل اثنين فصاعدا عن فرضهن النصف) وهى البنات والاخوات لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك (والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن و) عدم (الاثنين من الاخوة والاخوات ولها) مع هؤلاء (السدس) ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فيحجب الام لهما من الثلث الى السدس من اى جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهم وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية (ولها) اى للام (ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين فى زوج وابوين اوزوجة وابوين) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث الباقى بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين والسدس وابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا يرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضى الله عنهم (ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها) اى للام (ثلث الجميع) عند الطرفين فلا يبالى بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه (خلافا لابى يوسف) فان لها مع الجد ايضا ثلث الباقى عنده كما فى الاب فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب (و) الثلث (للاثنين فصاعدا من ولد الام يقسم) الثلث (لذكورهم واناثهم بالسوية) يعنى الانثى منهم تأخذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والشركة تقتضى المساواة (والسدس للواحد منهم) اى من اولاد الام (ذكرا اوانثى) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اوامرأة وله اخ اواخت فلكل واحد منهما السدس والمراد به اولاد الام ولهذا قرأ بعضهم وله اخ اواخت لام (و) السدس (للام عند وجود الولد اوولد الابن او) وجود (الاثنين من الاخوة والاخوات) كما سبق (و) السدس (للاب مع الولد اوولد الابن) فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعنى السدس والباقى للابن وان كان معه بنت فله السدس ايضا لان اسم الولد يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض وما بقى للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى يابنى آدم وليس دخول الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز اوعرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع (وكذا) السدس (الجد الصحيح عند عدمه) اى عند الاب

من الجد الصحيح كالاب الا في اربع مسائل مشهورة ثم شرع في قال (وهو)
اي الجد الصحيح (من لا يدخل في نسبته الى الميت ام) كاب الاب (فان دخلت)
في نسبته الى الميت ام (فجد فاسد) ويقرب الاصلي انه من ذوي الارحام
لان دخول الام في نسبته يقطع النسب اذ النسب الى الآباء لان النسب للتعريف
والشهرة وذلك بالشهور وهو الذكور دون الاناث (و) السدس (للجدة
الصحيحة وان) وصلية (تعددت) كام الام مع ام الاب فيشتركن في السدس
اذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اطعموا
الجدات السدس وابو بكر رضي الله عنه اشرك بين الجدتين في السدس وكان ذلك
بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم عرفها فقال (وهي)
اي الجدة الصحيحة (من لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد) من يدخل
في نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين (و) السدس (لبنت الابن وان) وصلية
(تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملة للثلثين لان حق البنات الثلثان
وقد اخذت الواحدة النصف لقوة القرابة فبقي السدس من حق البنات فاخذته
بنات الابن واحدة او متعددة وما بقي من التركة فللاولى عصبة فبنات الابن
من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذا لم يكن في درجتهن ابن
ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة به ولا يرثن السدس كما سيأتي
(وللاخت لاب كذلك) اي لها السدس وان تعددت (مع الاخت الواحدة
للابوين) لان حق الاخوات الثلثان وقد اخذت الاخت الواحدة للابوين
النصف فبقي منه سدس فيعطى للاخوات لاب تكملة للثلثين ولا يرث مع الاختين
لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما يأتي

(فصل في العصبات)

العصبة النسبية ثلثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (والعصبة
بنفسه ذكر) فان الانثى لا تكون عصبة بنفسها بل بغيرها او مع غيرها (ليس
في نسبته الى الميت انثى) فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام داخلة
في نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل في استحقاق العصوبة فانها اذا انفردت
كفت في اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لا تصلح بانفرادها للاثبات
ومدخل في اثبات العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ
لاب وام على الاخ لاب (وهو ياخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد)
اي انفراده عن غيره في الوراثة (يحرز جميع المال) بجهة واحدة وفي التبيين
هذا رسم وليس بحد لانه يتوقف الاصل على تعريف الورثة كلهم ولكن

لايعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ماذكر ولايتصور ذلك الابعد معرفته (واقربهم) اى اقرب العصبات (جزء الميت وهو الابن وابنه وان) وصلية (سفل) لدخولهم فى اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مماترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولد ولده على والده ويختار صرف ماله ولاجله يدخر ماله عادة على ماقال عليه السلام الولد مجلة محبنة وقضية ذلك ان لايجوز بكله محل اختياره الا انا صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل (ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح) اى اب الاب (وان) وصلية (علا) واوليهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لاولد له ولاوالد على مابيناه فعلم بذلك انهم لايرثون مع الاب ضروره وعليه اجماع الامة فاذاكان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هو ابعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول ابى بكر الصديق رضى الله عنه وبه اخذ الامام (ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او) الاخوة (لاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين اولاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا ثم جزء جد ابيه كذلك) اى اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام (والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان) وهم اربع من النساء (يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين) فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن لقوله

ام لي وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين (ومن لافرض لها) من الاناث (واخوها عصبة لاتصير عصبة به) اي باخيها (كالعمة) لاتصير عصبة بالعم الذي هو اخوها فالمال كله للعم دون العمة وبنت العم لاتصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الاخ) لاتصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان النص الوارد في صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو في موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث في كل منهما ذوات فروض فغير ذوات الفروض من الاناث لايتناوله النص (والعصبة مع غيره الاخوات لابوين اولاب مع البنات وبنات الابن) والاولى ان يقول او بدل الواو تدبر لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والباقين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان انفسهن ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن عصبة باخوتهن لان الاخوة بانفسهم عصبة فيصيرن بهن عصبة تبعا (وذو الابوين من العصبات مقدم على ذي الاب) الواحد لان ذا القرابتين من العصبات اولى من ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة ذكرا كان ذو القرابتين او انثى لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات والمقصود من ذكر الام ههنا اظهار مايرجح به بنو الاعيان على بني العلات (حتى ان الاخت لابوين مع البنت) سواء كانت صلبية اوبنت ابن وسواء كانت واحدة او اكثر (تحجب الاخ لاب) خلافا لابن عباس رضي الله تعالى عنهما فان الاخت لاتصير عصبة مع البنات عنده (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى امه) لانه لااب له والنبي صلى الله عليه وسلم الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لاقرابة له من جهة الاب فيرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك اما وبنتا والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقي يرد عليهما كان لم يكن له اب وكذا لو كان معهما زوج او زوجة اخذ فرضه والباقي بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقي رد عليهما ولاشيء لابن الملاعن لانه لااخ له من جهة الاب ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولا يرثه قوم جده وهم الاعمام واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنا الا انهما يفترقان في مسئلة واحدة وهو ان ولد الزنا يرث من توأمه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث اخ لاب وام كما في الاختيار (والاب مع البنت صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره (وآخر العصبات مولى العتاقة) لقوله

صلى الله تعالى عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه احياء معنى بالاعتاق فاشبه الولادة (ثم عصبته) اى عصبة مولى العتاقة (على الترتيب المذكور) بان يكون جزء المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت (فمن ترك اب) الاولى بالالف لانه فى موضع النصب (مولاه وابن مولاه فله كله لابن مولاه) لما ان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف للاب السدس والباقى للابن) هذا قوله الاخر وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود به قال شريح والنخعى وقولهما هو اختيار سعيد ابن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (ولو كان مكان الاب جد فكله للابن اتفاقا) وذلك لان الاب كالابن فى العصوبة بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن اقرب يحتاج الى ما مر من ان زيادة قربه امر حكمى فوقع الخلاف هناك بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحمه الجد فى الولاء اما ابن الابن مع الجد فالاظهر ان يرث ابن الابن عند ابى يوسف ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب كما فى الفتاوى (ولو ترك جد مولاه واخ مولاه فالجد اولى) ويكون الولاء كله للجد عند الامام لانه اقرب للميت فى العصوبة من الاخ على مذهبه (وعندهما يستويان) فيكون الولاء بينهما نصفين (والعصبة انما يأخذ ما فضل عن ذوى الفروض) كما مر (فلو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين واما فالنصف للزوج والثلث للاخوة لام والسدس للام ولا يشاركهم الاخوة لابوين) لان المسئلة من ستة نصفه وهو الثلث للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه وهو واحد للام وما فضل عن فرض ذوى الفروض شئ حتى يعطى للاخوة لابوين وهم عصبة وبه قال ابو بكر الصديق رضى الله عنه واخذ علماؤنا وقال عثمان رضى الله عنه تشترك الاولاد لاب وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعى وكان عمر رضى الله عنه يقول اولا مثل ما قال الصديق رضى الله عنه ثم رجع عنه الى قول عثمان رضى الله عنه وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين هب ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق رأسه مليا وقال صدق لانه بنو ام واحدة فشركهم فى الثلث فلهذا سميت المسئلة حمارية ومشركة وعثمانية ومن هذا قال (وتسمى المشركة والحمارية)

(باب في الحجب)

ويعرف به كون الحجب اصطلاحا عن اهل هذا الباب منع شخص معين عن ميراثه اما كله وهو حجب الحرمان او بعضه وهو حجب النقصان بوجود شخص آخر فالحجب نوعان لكل منهما معنى (حجب الحرمان منتف في حق ستة) من الورثة (الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة) فان كانت هذه الستة لا يحجبون بالاصل والرد والاصح ان حجب الحرمان منتف في هذا العرف وان الكلام في الورثة وهم فى ذلك القدر ليسوا بورثة (ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب و) يحجب (ذو القرابة) الواحدة (بذي القرابتين ويدلي بشخص لا يرث معه) اي مع وجود ذلك الشخص كابن الابن لا يرث مع الابن (الا اولاد الام فانهم يدلون) اي ينسبون الى الميت (بها) اي بالام (و) لكن (يرثون معها) اي مع الام قال الفاضل الشريف وتحقيق هذا الاصل ان الشخص المدلى به ان احتوى جميع التركة لم يرث المدلي مع وجوده سواء اتحدا في سبب الارث كما في الاب والجد والابن وابنه اولم يتحدا كما في الاب والاخوة والاخوات فان المدلى به اذا احرز جميع المال لم يبق للمدلي شيء اصلا وان لم يحتو المدلى به الجميع فان اتحدا في السبب كان الامر كذلك كما في الام وام الام لان المدلى به لما اخذ نصيبه بذلك السبب لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك السبب شيء وليس له نصيب آخر وصار محروما وان لم يتحدا في السبب كما في الام واولادها فان المدلى به حينئذ اخذ نصيبه المسند الى سببه والمدلي يأخذ نصيبا آخر مسندا الى سبب آخر فلا حرمان فان قلت الام تستحق جميع التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا ليس ذلك الاخذ في حق جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة بالفرض وبعضه بالرد والمراد استحقاق جميعه من جهة واحدة كما في العصبة (ويحجب الاخوة) مطلقا حجب الحرمان (بالابن وابنه وان) سفل (وبالاب) وبالجد ايضا (لانهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد كما مر (والجد) عند ابي حنيفة (ويحجب اولاد العلات) وهي الاخوة والاخوات لاب (بالاخ لابوين ايضا) لان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم فكما يحجب اولاد الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة والاخوات لاب بالاخ لاب وام (ومذهبنا لا يحجب الاخوة لابوين او لاب بالجد بل يقاسمونه) اي الجد (كما عليه اكثر ...

المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض) قال الفاضل الشريف ان الجد يشبه الاب في حجب اولاد الام وفي انه اذا زوج الصغير او الصغيرة لم يكن لهما خيار اذا بلغا وفي انه لا ولاية للاخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالاب وفي انه لا يقتل الجد بولد الولد وفي ان حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر وفي عدم قبول الشهادة وفي صحة استيلاد الجد مع عدم الاب وفي انه لا يجوز دفع الزكوة اليه وفي انه يتصرف في المال والنفس كالاب ويشبه الاخ في انه اذا كان للصغير جد وام كانت النفقة عليهما اثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ والام وفي انه لا تفرض النفقة على الجد المعسر كالاخ وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفي ان الصغير لا يصير مسلما باسلام الجد وفي انه اذا اقر بنا فلة وابنه حي لا يثبت النسب بمجرد اقراره وفي انه لا يجر ولاء نافلته الى مواليه كل ذلك كما في الاخ فلتعارض هذه الاحكام اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضي الله عنهم في مسئلة الجد مع الاخوة فجعل كالاب في حجب الاخوة لام وكالاخ في قسمة الميراث مادامت المقاسمة خيرا له فاذا لم تكن خيرا له اعطي له ثلث المال لانه مع الاولاد يرث السدس ومع الاخوة يضاعف ذلك وايضا اذا قسم المال بين الابوين فللام الثلث وللاب الثلثان وهما في الدرجة الاولى ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه اعني الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة نصف المال فهو خير له من الثلث واذا كان معه اخوان فهما اي المقاسمة والثلث متساويان واذا كان معه ثلاثة اخوة فالثلث خير له لان نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع هذا اذا لم يكن معه صاحب فرض (او) ان لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده) اي وجود ذي الفرض يعني اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجد كاخ ويكون المال بينه وبين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وكذا اذا كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع اخوات فالمقاسمة والثلث سواء لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين ويكون عدد الاخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له والاثنان ثلث الستة وتكون المقاسمة والثلث مستويتين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خيرا له لانه ان جعل كاخ يكون بمنزلة اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة عن السدس فيكون الثلث خيرا له وباقي احكام القسمة مذكور في الفرائض وشروحها فليراجع (والفتوى على قول الامام) وهو سقوط الاخوة والاخوات بالجد لكن المختار في زماننا ان نفتي بعد اخذ الجد السدس بالمصالحة في الباقي بين الاخوة والاخوات وبينه (فاذا استكمل

بنت الصلب اثنتين سقطت بنات الابن) لان ارثهن كانت بكملة للثلثين وقد كمل بنتين فيسقطن اذ لاطريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا (الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن ابن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه) لكن (من لم تكن ذات سهم) فانه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلا (ويسقط من دونه) واذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه يكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين سواء كان احالهن اولم يكن وهذا مذهب على و زيد بن ثابت رضى الله عنهما وبه اخذ عامة العلماء وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن بنتي الصلب وان كان معهن غلام ولا يعصبهن وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن اسوء الحالين من السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت بمنزلة البنت الصلبية والتي يليها في القرب بمنزلة بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شيء للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول وان كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير اصحاب الفرائض (واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات لاب) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل الاختين فيسقطن (الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن) كما في بنات الابن (والجدات كلهن يسقطن بالام) سواء كانت ابويات او اميات (والابويات خاصة) اى دون الاميات (بالاب ايضا) اى كما يسقطن بالام وهو قول عثمان و زيد بن ثابت وعلى وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعرى رضى الله عنهم ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لان ارث الجدات ليس باعتبار الادلاء لان الادلاء بالانثى لا يوجب استحقاق شيء من فرضيتها بل استحقاقهن الارث باسم الجدة ويتأدى في هذا الاسم ام الام وام الاب وكما ان الاب لا يحجب الاولى لا يحجب الثانية ايضا وهو مردود بان مجرد الاسم

بدون القرابة لايوجب الاستحقاق والقرابة لاتثبت بدون اعتبار الادلاء فوجب الادلاء الاترى ان الجدة الفاسدة لاترث مع كونها جدة لعدم الادلاء (وكذا) تسقط الابويات (بالجد الاام الاب) وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله (و) الجـدة (القربى منهن) اى من الجدات (من اى جهـة كانت) اى سواء كانت من قبل الام اومن قبل الاب (تحجب الجدة (البعدى من اى جهة كانت) البعدى فيثبت الحجب ههنا فى اقسام اربعة وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفى رواية اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعـدى من قبل الام فهما سـواء فيكون ح حجب القربى فى اقسـام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقدعمل بهذه الرواية مالك والشافعى فى الاصح من احد قوليه ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض فليطالع (وارثة كانت القربى) كام الاب عند عدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب (او محجوبة كام الاب معه) اى مـع وجود الاب (فانهـا تحجب ام ام الام) اعنى ان يخلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا لان البعدى محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب (واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة واحدة كام ام الاب و) الجدة (الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهى ايضا ام ام الام فثلث السـدس الذات القرابه) الواحدة (وثلثـا الاخرى) اى التى هى ذات قرابتين عند محمد وينصف عند ابى يوسـف باعتبار الابدان وهو قول زفر وتوضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذى مات من قبل ابيه لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانهـا ام ام امه فهى جدة ذات قرابتين ثم نقول هناك امرأة اخرى قدكانت تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاولى الذى هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام اب الميت فهى ذات قرابة واحدة وهاتان المرأتان جدتان فى مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لايحجب) غيره اصلا لاحجب حرمان ولاحجب نقصان وهو قول عامة الصحابة رضوان الله تعـالى عليهم (والمحجوب حجب الحرمان يحجب) غيره (كام فى الجـدة وكالاخوة والاخوات يحجبهم الاب و يحجبون الام من الثلث الى السدس) اما عند ابن مسعود فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكـذا المحجوب بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجـه دون وجـه واما عندنا فلان المحروم انما جعلنـاه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل الميراث من

كل وجه بخلاف المحجوب حاله عليه من وجه دون وجه آخر فيعمل كالميت في حق استحقاق الارث حتى لا يرث شيئا ويجعل حيا في حق الحجب فهو وارث في حق غيره لولا حاجبه بحجبه

(فصل في العول)

هو في اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى ذلك ادنى ان لا تعولوا اى لا تميلوا او بمعنى كثرة العيال او بمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان يزاد على المخرج من اجزائه اذا ضاق عن فرض ومن هذا قال واذا زادت سهام) اصحاب الفرائض على (الفريضة فقد عالت) لتزايد واعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن في الحقيقة تسعة ستة لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد وثلاثة لها حال الاختلاط الا ان مخرج الثلث والثلثين واحد ومخرج السدس واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقي سبعة (واربعة) منها (مخرج لا تعول) اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج اربعة اما ان يبقى المال بها او يبقى منه شئ زائد عليها (الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية) اما الاثنان فلان الخارج منه اما نصفان كزوج واخت لابوين اولاب اونصف وما بقي كزوج واخ او بنت وعصبة ولا يتصور في مسئلة قط اجتماع واما الثلاثة فلان الخارج منها اما ثلث وثلثان كاختين لام واختين لابوين اولاب واما ثلث وما بقي كام واخ او اختين لام وعصبة واما ثلثان وما بقي كبنتين او اختين وعصبة ولا يتصور في مسئلة قط اجتماع ثلثين وثلثين او ثلث وثلث وثلثين واما الاربعة فلان الخارج منها اما ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت او زوجة واخت وعصبة اوربع وما بقي كزوجة وعصبة اوربع وثلث ما بقي وما بقي كزوجة وابوين ولا يتصور في مسئلة قط اجتماع ربعين ونصف واما الثمانية فلان الخارج منها اما ثمن وما بقي كزوجة وابن او ثمن ونصف وما بقي كزوجة وبنت واخ لاب وام (وثلاثة) منها (قد تعول الستة الى عشرة وترا) اى من حيث الوتر واراد به السبعة والتسعة (وشفعا) اى من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة مثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين اولاب اوزوج وجد واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان وام اوزوج وثلاث اخوات متفرقات اوزوج وام واخت من اب اوزوج واختان من ابوين واخت من ام اوزوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام اوزوج واختان من اب واختان من ام اوزوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة

زوج واختان من اب واختان من ام والام (واثنا عشر يعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا) والمراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثل عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام اوزوجة واختان لابوين واخت لام اوزوج وبنتا ابن وام اوجدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وابوان اوزوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (واربعة وعشرون تعول (الى سبعة وعشرين عولا واحدا فق) المسئلة (المنبرية) وعند ابن مسعود تعول الى احد وثلاثين (وهى امرأة وبنتان وابوان) وجه تسميتها بالمنبرية مذكور فى شروح الفرائض (والرد ضد العول) اذ بالعول ينتقص سهام ذوى الفروض ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينقص اصل المسئلة وذلك (بان لا تستغرق السهام الفريضة مع عدم) المستحق من (العصبة فيرد الباقى على ذوى السهام) الفريضة (سوى الزوجين بقدر سهامهم) وهو قول عامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم اى جمهورهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوى الفروض بل هو لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعى وقال عثمان رضى الله تعالى عنه يرد على الزوجين ايضا وعن ابن عباس رضى الله عنهما لا يرد على ثلاثة الزوجين والجد (فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤسهم) كبنتين واختين فانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين اواخوين فيجعل المال بينهما نصفين واعطى لكل واحد منهما نصف التركة وكذا الجدتان والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد ان يكون كلاهما لاب اولام اولابوين (وان كانوا) اى من يرد عليه (جنسين او اكثر) من جنسين (فمن عدد سهامهم) اى تجعل المسئلة من عدد سهامهم اى من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسئلة (فمن اثنين) اى تجعل المسئلة من اثنين (اوكان فى المسئلة سدسان) كجدة واخت لام لان المسئلة ح من ستة ولهما منها اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين (و) تجعل (من ثلثة او) كان فيها (ثلث وسدس) كولدى الام مع الام اواخوين لام وجدة اوام واخ لام (و) تجعل (من اربعة او كان فيها (سدس ونصف) كبنت وبنت ابن اواخت لابوين واخوات لاب اواخت لاب واخ لام اوجدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث (و) تجعل (من خمسة او) كان فيها (ثلث ونصف) كاخت لاب وام اواختين لام وكاخت لاب وام وام (اوسدسان ونصف) كبنت وبنت ابن وام (اوثلثان وسدس) كبنتين وام فالمسئلة فى هذه الصور الثلاث ايضا من ستة

والسهام اى اجتمعت فيها خمسة فى الصورة الاولى للاخت من الاب ثلثة
اسهم وللاخت من الام سهمان وقس عليها سائرها (فان كان مع الاول) اى ط
بالواو اى مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه) كالزوج او الزوجة
(اعط فرضه) اى فرض من لا يرد عليه (من اقل مخارجه واقسم الباقى)
من ذلك المخرج (على) عدد (رؤسهم) اى رؤس من يرد عليه اعنى ذلك
الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفردوا عمن
لا يرد عليه (فان استقام) الباقى عليهم فبها ونعمت هى اذ لا حاجة الى
ضرب (كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من اقل مخارجه الربع
وهو اربعة فاذا اخذ ربعه بقى ثلثة اسهم فاستقام على رؤس
البنات (والا) اى وان لم يستقم الباقى على عدد رؤس من يرد عليهم (فان
وافق) رؤسهم ذلك الباقى فاحصل تصحح منه المسئلة (فاضرب وفق
رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فى مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج
وست بنات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج
واحدا منها بقى ثلثة فلا ينقسم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما
موافقة بالثلث فضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان فى الاربعة تبلغ ثمانية
فالزوج منها اثنان وللبنات ستة (وان باين) رؤسهم ذلك الباقى (فاضرب
كل رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فيه) اى فى مخرج فرض من لا يرد
عليه (كزوج وخمس بنات) اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين
لكنها رد مثلها الى الاربعة التى هى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا
الزوج ههنا واحدا منها بقى ثلثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينها وبين
عدد الرؤس مباينة فضربنا كل عدد رؤسهن فى مخرج فرض من لا يرد عليه
اى الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه
فى المضروب الذى هو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان للبنات ثلث
ضربناها فى الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن ثلاثة (وان كان
مع الثانى) اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه قسم الباقى)
من مخرج فرض من لا يرد عليه (على) مسئلة (من يرد عليه فان استقام)
فيها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فان اقل مخرج فرض
من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلثة وهى ههنا مستقيمة
على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق
الجدات السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففى هذه الصورة
استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه وتمامه فى شروح الفرائض فليطالع

(والا) اى وان لم يستقم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه (ضرب جميع مسئلتهم) اى مسئلة من يرد عليه (فى مخرج فرض من لا يرد عليه) فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين (كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلا يستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله (ثم يضرب سهام من لا يرد عليه) من اقل مخرج فرضه (فى مسئلة من يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور (و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسئلتهم (فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم فى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربنا فى الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة فهى حق الزوجات من اربعين وللبنات اربعة فاذا ضربناها فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهى لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه فى السبعة كان سبعة فهى للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان انكسر سهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض او الجميع (وتصحح) المسئلة (بالاصول الآتية)

(فصل)

فى ذوى الارحام (ذو الرحم) هو فى اللغة بمعنى القرابة مطلقا وفى الشريعة (قريب ليس بعصبة ولا ذى سهم) مقدر فى كتاب الله تعالى او سنة رسوله او اجماع الامة (ويرث) ذو الرحم (كارث العصبة عند عدم ذى السهم) وعدم العصبة الا اذا كان ذو السهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه وانما قيدنا بعدم العصبة لانه لا يكفى بعدم ذى السهم فعلى هذا لو قيده لكان اصوب (فى انفرد منهم) ليس بصلة انفرد بل بيان لمن (احرز جميع المال) كان عامة الصحابة اى اكثرهم رضى الله عنهم يرون توريث ذوى الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع المال فى بيت المال

وبه قال مالك والشافعي لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اي اولى بميراث بعض بالدليل وقال صلى الله عليه وسلم الخال وارث من لا وارث له وروى ان ثابت بن الدحداح مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم ابن عدي هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انه كان فينا غريبا فلا نعرف له الا ابن اخت هو ابو لبابة بن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه له ولان اصل القرابة سبب لاستحقاق الارث على ما بيناه الا ان هذه القرابة ابعد من سائر القرابات فتأخرت عنها والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه الى بيت المال وكثير من اصحاب الشافعي منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف كما في التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على غيره في كل صنف منهم كما في العصبات (ثم بكون الاصل وارثا عند اتحاد الجهة) اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وابن بنت الابن اولى من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه في استحقاق الارث والمدلي بجهتين اولى كبني الاعيان مع بني العلات (وان اختلفت) جهة القرابة (فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث) لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام مثاله ابو ام الاب وابو ابي الام وهذا لا يتصور في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال (ثم يعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد) يعني اذا كان لابي الميت جدان من جهتين وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد ايضا مثاله ابو ام ابي الاب وابو ابي ام الاب وابو ام ابي الام وابو ابي ام الام (وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاصل في المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل في الاخوة والاخوات لام للنص على خلاف القياس (وتعتبر ابدان الفروع) المتساوية الدرجات (ان اتفقت صفة الاصول) في الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لادلائهم بوارث (وكذا ان اختلفت) صفة الاصول (عند ابي يوسف) وحسن بن زياد كبنت ابن البنت وابن بنت البنت لخلوهم عن ولد الوارث فان كانت الفروع ذكورا فقط او اناثا فقط تساووا في القسمة وان كانوا مختلفين فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتبر في القسمة صفات اصولهم اصلا وهو رواية شاذة عن الامام

(وعند محمد يؤخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم) المال (على اول بطن وقع فيه الاختلاف) اى اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين (ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن (على حدة و) يجعل (الاناث على حدة) بعد القسمة على الذكور والاناث (فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن اختلف كذلك ان كان) فيما (بينهما اختلاف والا) اى وان لم يكن بينهما اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط اواناثا فقط (دفع حصة كل اصل الى فرعه) وفى السراجية وشرحه وعند محمد تعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما وتعتبر الاصول ان اختلفت صفاتهم ويعطى الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان اى ابدان الفروع وصفاتهم فثلث المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول متفقة ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى وعند محمد المال بين الاصول اعنى فى البطن الثانى اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف فى الاصول ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب للذكور من اول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط فقط اواناثا فقط وان كان فيما بينهما من الاصول اختلاف يجمع مااصاب الذكور ويقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث طائفة على قياس ماسبق وكذلك مااصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم تختلف الاصول التى بينهما وان اختلفت يجمع مااصاب اهن ويقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهى وتمامه فيهما ان شئت فليراجع (وبقول محمد) وهو اشهر الروايتين عن الامام والقول الاول لابى يوسف (يفتى) وذكر بعضهم ان مشايخ بخارى اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى (ويقدم جزء الميت) اى وترتيبهم كترتيب العصبات فقدم فروعه (وهم اولاد البنات

وولد بنات الابن وان سفلن ثم) يقدم (اصله) اي اصل الميت (وهم الاجد الفاسدون) وان علوا كاب ام الميت وابي ابي امه (والجدات الفاسدات) وان علون كام ابي ام الميت وام ام ابي امه (ثم) يقدم (جزء ابيه وهم اولاد الاخوات) وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد ذكورا اواناثا وسواء كانت الاخوات لاب وام اولاب اولام (وبنات الاخوة لام وبنات الاخوة) وان سفلن سواء كانت الاخوة من الابوين اومن احدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام لام) فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم من الابوين اومن الاب عصبة (وبنات الاعمام) مطلقا (ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جد ابيه اوامه وهم عمات الاب اوالام وخالاتهما واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما واولاد اعمام الام) فان جميعها من ذوي الارحام وروى عن الامام ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم في الوراثة عنده هو الصنف الثاني وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علون ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه ان اقرب الاصناف الاول ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع وهو المأخوذ للفتوى وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنوا الاخوة لام مقدم على الجد ابي الام وتمامه بين في شروح الفرائض فطالع

(فصل)

(الغرقى) جمع الغريق (والهدمى) اي الطائفة التي هدم عليهم جدار اونحوه وكذلك الحرقى (اذا لم يعلم ايهم مات اولا) كان غرقوا في السفينة معا اووقعوا في النار دفعة اوسقط عليهم جدارا وسقف بيت دفعة او تعاقبا اوقتلوا في المعركة ولم يعلم المقدم والمتأخر في موتهم جعلوا كانهم ماتوا معا (قسم مال كل على ورثته الاحياء ولا يرث بعض) هؤلاء (الاموات من بعض) هذا هو المختار عندنا لانه قول ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وعلى الرواية المشهورة واحدى الروايتين عن ابن مسعود ووجهه ان الارث يبنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حيوة الوارث بعد الموت فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت الارث بالشك وفي احدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ ابن ابي ليلى يرث بعضهم من بعض الا فيما ورث كل واحد منهم من مال صاحبه فانه لا يرث منه صورته رجل وابنه انهدم الحائط عليهما ولم يدر ايهما مات اولا ولكل منهما امرأة وابن وترك كل منهما ستة دنانير دينارا على

قول الجمهور تركته بين زوجته وابنه الحي وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابيه امه وان كانت فيزادلها الثلث وعلى القول الاخير للزوجة من تركة الاب الثمن والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية فيصيب الميت سبعة دنانير واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن ولابيه السدس ولزوجة ابيه ان كانت امه ايضا السدس والباقي للابن في الحالين فاصاب اباه من تركته وهو دينا ران وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه سوى الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو سبعة دنانير تقسم بين ورثته سوى الاب الميت (وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطي السدس له فرضا ثم اقتسما) اي ابنا العم (الباقي عصوبة) كما مر (ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة) اي اذا تزوج المجوسي امه اوغيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح (وان اجتمع فيه) اي في المجوسي (قرابتان اوانفرد) والظاهر اوانفردتا (في شخصين ورثا) اي الشخصان (بهما) اي بالقرابتين (ورث) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان (بهما) اي بالقرابتين (وان كانت احديهما) اي احدى القرابتين (تحجب الاخرى يرث بالحاجبة) يعني اواجتمعت في المجوسي قرابتان اوتفرقتا في شخصين حجبت احديهما الاخرى يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين (ويوقف للحمل نصيب ابن واحد وهو المختار) وعليه الفتوى وذلك لان من المعتاد الغالب ان لا تلد المرأة في بطن واحد الا ولدا واحدا فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه (وعند ابي يوسف نصيب ابنين) وفي السراجية وعند محمد يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه ليث ابن سعد لكن هذه رواية ليست موجودة في شروح الاصل ولا في عامة الروايات وفي رواية اخرى عنه نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابي يوسف نصيب ابن واحد كما في المتن فعلى هذا لو قال وعن ابي يوسف لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين (وان خرج اكثره) اي اكثر الحمل (حيا ومات ورث) لان الاكثر له حكم الكل فكانه خرج كله حيا (وان) خرج (اقله) وظهر منه شيء من هذه العلامات ثم مات (فلا) يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكانه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو ان يخرج رأسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته وان لم تخرج السرة لم يرث

(فصل في المناسخة)

(المناسخة) هي مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا

اى نقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه ونحو هذا قال
(ان مات بعض الورثة قبل القسمة) فان كان ورثة الميت الثانى من عداد
ورثة الميت الاول ولم يقع فى القسمة تغيير فانه يقسم المال ح قسمة واحدة
اذ لا فائدة فى تكرارها كما اذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة ثم مات احدى
البنات ولا وارث لها سوى تلك الاخوة والاخوات لاب وام فانه يقسم مجموع
التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت تقسم بين الجميع
كذلك فكان الميتة لم تكن فى البين وان وقع تغير فى القسمة بين الباقين
كما اذا ترك ابنين من امرأة وثلاث بنات من امرأة اخرى ثم ماتت احدى البنات
وخلفت هؤلاء اعنى الاخ لاب والاختين من الابوين او كان ورثة الميت الثانى
غير ورثة الميت الاول كزوج وبنت وام فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة
وابوين ثم ماتت البنت قبلها ايضا عن ابنين وبنت وجدة هى ام الامرأة التى
ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج واخوين (فصحح المسئلة الاولى)
ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسئلة (الثانية)
وتنظر بين ما فى يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثانى فى ثلاثة احوال هى
المماثلة والموافقة والمباينة (فان استقام) بسبب المماثلة (نصيب الميت الثانى)
من فريضة الميت الاول (على مسئلته) فبها ونعمت لان التصحيح الاول ههنا
بمنزلة اصل المسئلة هناك والتصحيح الثانى ههنا بمنزلة رؤس المقسوم عليهم
وما فى يد الميت الثانى بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففى صورة الاستقامة
تصح المسئلتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج فى المثال المذكور عن امرأة
وابوين لان اصلها اثنا عشر فاذا اخذ الزوج منها ثلاثة والبنت ستة والام
اثنين بقى منها واحد يجب ردها على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا
المسئلة الى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه صارت اربعة فاذا اخذ الزوج منها
واحدا بقى ثلاثة فلا يستقيم على الاربعة التى هى سهام البنت والام بل بينهما
مباينة فيضرب هذه السهام التى هى بمنزلة الرؤس فى ذلك الاقل فيحصل ستة
عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم تلك الاربعة التى هى
للزوج منقسمة على ورثته المذكورين فلزوجته واحد منها ولامه ثلث ما بقى
وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام ما فى يد الزوج من التصحيح الاول على
التصحيح الثانى وصحت المسئلتان من التصحيح الاول (والا) اى وان لم يستقم
نصيب الميت الثانى من فريضة الميت الاول على مسئلته (فاضرب وفق
التصحيح الثانى فى) جميع (التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته) لان
فى التصحيح اذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤسهم

واحدة يضرب وفق عدد الرؤس فى اصل المسئلة فكذا هنا يضرب وفق التصحيح الثانى الذى هو بمنزلة الرؤس هنالك فى التصحيح الاول القائم هنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ماتصح منه المسئلتان كما اذا ماتت البنت ايضا فى ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتا وجدة فان مافى يدها فى التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسئلتها ستة و بينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان فى ستة عشر فالملبغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين (والا) اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته (فاضرب) كل التصحيح (الثانى فى) كل التصحيح (الاول) على قياس ما فى باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤس الطائفة وبين سهامهم فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين كما اذا ماتت فى ذلك المثال الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان مافى يدها تسعة كما عرفت آنفا وتصحيح مسئلتها اربعة وبين التسعة والاربعة مباينة فاضرب الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين وتمامه فى السيد الشريف (ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول) من تصحيح مسئلته (فى وفق التصحيح الثانى) على تقدير الموافقة (اوفى كله) على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب ان التصحيح الثانى ووفقه ههنا بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة ثمة (واضرب سهام ورثة الميت الثانى) من تصحيح مسئلته (فى وفق مافى يده) على تقدير الموافقة (اوفى كله) على تقدير المباينة (فالخارج) وهو اى الحاصل من هذا الضرب (نصيب كل فريق) لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما فى يده فصار سهام كل واحد منهم مضروبة فيه (فان مات ثالث) من الورثة قبل القسمة (فاجعل المبلغ) الذى صح منه المسئلة الاولى (والثانية مكان الاول والثالث مكان الثانى) فى العمل كأن الميت الاول والثانى صارا ميتا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا (وكذا تفعل ان مات رابع اوخامس وهلم جرا) الى غير النهاية فانه لما صار تصحيح الميت الاول والثانى والثالث تصحيحا واحدا صاروا كلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد فصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى مالا يتناهى وتفصيل هذا الباب فى شرح الفرائض للسيد فليراجع

(حساب الفرائض)

(الفروض) الستة المذكورة فى كتاب الله تعالى (نوعان) على التضعيف ان بدأت بالاكثر او على التنصيف ان بدأت بالاقل فثلاثة منها نوع وثلاثة اخرى نوع

اخر (الاول النصف والسدس) اى نصف النصف (وهو الربع والسدس) يعنى نصفها الربع (وهو والثمن و) النوع (الثانى الثلثين ونصفهما) اى نصف الثلثين وهو الثلث (ونصف نصفهما) اى نصف نصف الثلثين (وهو السدس فالنصف

يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة والسدس من ستة) فان مخرج كل فرض من هذه الفروض سميه من الاعداد اذ الربع سمية الاربعة وكذا الباقى الا النصف فانه من اثنين والاثنان ليس سميا للنصف فان كان فى المسئلة النصف فقط كما فى شاف بنا وبنا الاب وام فهى من اثنين وان كان فيها الربع وحده كما فى تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط كما فى ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث وحده كما اذا ترك اما واخا لاب وام او كان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك بنتين وعما فهى من ثلثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك ابا وابنا فهى من ستة (وان اختلط النصف) من النوع الاول (بالنوع الثانى كله) اى بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لاب وام واختين لام (او) اختلط (ببعضه) اى بعض النوع الثانى كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا او بالثلث والسدس معا (فمن ستة) اى فالمسئلة من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فهى مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثانى على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما فى الآخر حصل ستة فهى مخرج لهما (او) اختلط (الربع) من النوع الاول بكل الثانى كما اذا خلف زوجة واما واختين لاب وام واخوين لام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلثين والسدس معا او بالثلثين والثلث او بالثلث والسدس معا (فمن اثنى عشر) فالمسئلة من اثنى عشر لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل (او) اختلط (الثمن) من النوع الاول بكل الثانى هذا انما يتصور على رأى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه واما على رأينا فهو غير متصور كما قرر فى موضعه او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين والسدس او بالثلث والسدس على رأيه او بالثلثين والثلث

على رأيه او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلث فقط (فمن اربعة وعشرين) اى فالمسئلة من اربعة وعشرين لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة التى دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها لما عرفت وبين الستة ومخرج الثمن اعنى الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما فى كل

الاخرى فحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل فى الكل فصار الحاصل ايضا اربعة وعشرين فمنها تخرج الفروض المختلطة بالثمن (واذا انكسر سهام فريق عليهم) اى على الورثة من ذلك الفريق (وباينت سهامهم) اى سهام من انكسر عليهم (عددهم فاضرب عددهم) اى كل عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة واخوين) اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة منها واحدا بقى ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا الاثنين فى اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناها فى الاثنين فلم يتغير فالاثنان لها والاخوين من اصل المسئلة ثلاثة ضربناها فى الاثنين فحصل ستة فلكل واحد ثلاثة منها (وان وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم) اى عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة وستة اخوة) اصل المسئلة اربعة واذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة ولا تستقيم على الستة وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان فى اصل المسئلة وهو اربعة فيكون ثمانية كان للزوج واحد فضرب فى اثنين فيكون اثنين وللاخوة ثلثة فضرب فى اثنين فيكون ستة لكل واحد منهم سهم (فاذا انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثلت اعداد رؤسهم فاضرب احد الاعداد فى اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة على جميع الفرق (كثلاث بنات وثلاثة اعمام) اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام (فينكسر على الفريقين) لكن بين اعداد رؤس البنات واعداد رؤس الاعمام تماثل فيضرب عدد احدهما وهو ثلاثة فى اصل المسئلة فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهى حق البنات الثلاث والباقى وهو ثلاثة للاعمام (وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها) اى اكثر الاعداد (فى اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة (كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما) اصلها من اثنى عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها وللجدات السدس وهو سهمان ولا يستقيم عليها ايضا والاعمام الباقى وهو سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فيضرب اكثرها وهو اثنى عشر فى اصل المسئلة وهو اثنى عشر فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فيضرب فى اثنى عشر فيكون ستة وثلثين وللجدات سهمان فيضربان فى اثنى عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فيضرب فى اثنى عشر فيكون اربعة وثمانين (وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق

احدها في جميع الثاني و) اضرب (المبلغ في وفق الثالث ان وافق واله) اى وان لم يوافق (ففي جميعه و) اضرب (المبلغ في الرابع كذلك) اى في وفقه ان وافق والا في جميعه (ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى (يحصل ما تصح) منه المسئلة (كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا وستة اعمام) اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللجدات السدس وهو اربعة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة وبقي للاعمام سهم فحصل اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا بينهما التوافق فوجدنا الاربعة موافقة للستة بالنصف فرددنا احديهما الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ اثنى عشر وهو موافق للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احديهما في جميع الاخرى صار المبلغ ستة وثلثين وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة وعشرين فصار الحاصل اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين وتمامه في شروح الفرائض فليطالع (او ان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ في الرابع ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى تحصل ما تصح منه المسئلة (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام) اصلها ايضا اربعة وعشرون للزوجتين الثمن وهو ثلاثة لا تستقيم عليهما وبين رؤسهن وسهامهن مباينة فاخذنا عدد رؤسهن وللجدات السدس وهو اربعة لا تستقيم عليهن وبين اعداد رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللبنات الثلثان وهو ستة عشر لا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللاعمام الباقي وهو واحد لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤسهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم فصار معنا من الاعداد المأخوذة للرؤس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلثين ثم ضربنا الثلاثين في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار المجموع خمسة آلاف واربعين فمنها تستقيم المسئلة على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة (و) اما (ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ما ضربته في الاصل فيه مع العول في جميع ذلك) على ما قررناه في المسائل المذكورة

(فصل)

(وتداخل العددين يعرف بان تطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه)
اى يفنى الاقل الاكثر كالثلاثة والستة (او تقسم الاكثر على الاقل فينقسم قسمة
صحيحة) اى قسمة لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين
ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن اثنين ثلاثة
وقس على ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ماهو اكثر منه
كان الاكثر مثلى الاقل او امثاله فيصيب بالقسمة كل واحد من آحاد الاقل آحاد
صحيحة بعدد امثال الاقل فى الاكثر ثم مثل المتداخلين بقوله (كالخمسة مع العشرين
لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما
متداخلان وكذا اذا قسمت العشرين على الخمسة يجئ اربعة اقسام
صحيحة اونقول التداخل هو ان زيد على الاقل مثله او امثاله يساوى الاكثر
او ان يكون الاقل جزء الاكثر جزأ مفردا من الاكثر فلا تداخل بين
الستة والتسعة وان كان الستة ثلثى التسعة لانها ليست جزأ مفردا ومن شرط
التداخل ان لا يكون الاقل زوجا مع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على
نصف الاكثر ويعرف (توافقهما) اى العددين فى جزء كالنصف ونظائره
(بان تنقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا فى مقدار فان توافقا
فى واحد فهما متباينان) كالخمسة مع السبعة والتسعة واحد عشر
مع عشر (وان) توافقا (فى اكثر) من واحد (فهما متوافقان
فان كان) الاكثر (فى اثنين فهما متوافقان بالنصف) كثمانية عشر مع الثمانية فانه
اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقى منها اثنان واذا القى اثنان من الثمانية
ثلاث مرات بقى منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف (وان) كان الاكثر
(ثلثة فبالثلث) كما فى التسعة والاثنى عشر (اوكان) الاكثر (اربعة فبالربع)
كالثمانية والاثنى عشر (هكذا الى العشرة) اى يكون التوافق فى الاعداد التى هى
العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهى النصف الى
العشر ويسمى هى مع ما يتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة (وان
توافقا فى احد عشر) كاثنين وعشرين مع ثلثة وثلثين (فبجزء من احد عشر)
اى هما متوافقان بجزء من احد عشر (وهلم جرا) اى ان توافقا فى ثلثة عشر
يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلثين فان العاد لهما
ثلاثة عشر وفى خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع خمسة
واربعين فان خمسة عشر بعد هما معافهما متوافقان بجزء منهما (وان اردت

متفرقة اصناف كل فريق كبنات وجدات واخوات واعمام وتحوهم
(من التصحيح) الذي استقام على الكل (فاضرب ما كان له) اى لكل فريق
(من اصل المسئلة في مضروبه في اصل المسئلة) اى في المضروب الذي ضربته
في اصلها (فما خرج) من هذا الضرب (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الفريق
(وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من افراد ذلك الفريق من التصحيح
(وان شئت) نسبة سهام كل فرد من اصل المسئلة (فانسب سهام كل فريق من اصل
المسئلة الى عدد رؤسهم) مفردا عن اعداد رؤس غيرهم (ثم اعط بمثل تلك
النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من افراد ذلك الفريق (وان اردت قسمة
التركة بين الورثة والغرماء) الواو الواصلة فيها مستعارة لاو الفاصلة
اذ لا يتصور القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع الديون فلا قسمة
بين الغرماء والا فلا قسمة بين الورثة (فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما
موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم) المبلغ
(الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح فما خرج فهو نصيب ذلك
الوارث) مثاله زوج وام واختان لاب وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية
فللزوج منها ثلاثة وللام واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع
التركة خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف فيضرب سهم
الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة
وسبعين ثم تقسم الخمسة والسبعون على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج
من التركة ثمانية عشر دينارا وثلاثة ارباع دينار ويضرب سهم الام من التصحيح
وهو واحد في خمسة وعشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة وعشرين ثم
قسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للام ستة دنانير وربع دينار ويضرب
سهم كل من الاختين وهو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم تقسمها على
وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحدة من الاختين اثنا عشر دينارا
ونصف دينار (وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع
التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل على جميع التصحيح فالخارج) من هذه القسمة
(فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة وعشرون
دينارا كان بينها وبين التصحيح الذي هو ثمانية مباينة فاذا اردت ان تعرف
نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة
في كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح اعني ثمانية
يخرج تسعة دنانير وثلاثة اثمان دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب
الام من التصحيح وهو واحد في جميع التركة فيكون الحاصل خمسة وعشرين

فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار وهي نصيب الام واضرب نصيب كل اخت من التصحيح وهو اثنان في كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب كل اخت من التركة (وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة يعني فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسئلة ان كان بين التركة وتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الموافقة والمباينة وتمامه في السيد فليطالع (وفي القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين) من ديون الغرماء (كسهام الوارث ثم اعمل العمل المذكور) فاذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة غرماء لكل منهم الفان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون وذلك ثمانية عشر وبين التركة موافقة نصفية فتضرب الثلاثة التي كانت لكل من الغريمين في نصف التركة وذلك عشرة تبلغ ثلثين وتقسم على نصف الديون وذلك تسعة فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما ستة وثلثان وبضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة يبلغ عشرين ويقسم على التسعة فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرماء الستة اثنى عشر سهما واثنى عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا ضممت ثلاثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين وان كانت التركة تسعة عشر فبينها وبين جميع الديون مباينة فتضرب ثلاثة كل من الغريمين في تسعة عشر تبلغ سبعة وخمسين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلاثة اسهم وتسع ونصف تسع لكل منهما فيكون لكليهما ستة اسهم وثلاثة اتساع وذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرماء الستة في تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلثين فيقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو سهمان وتسع لكل منهم فللغرماء الستة اثنى عشر وستة اتساع سهم وذلك ثلثاه فاذا ضممت اثنى عشر وثلثين الى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر (ومن صالح من الورثة او الغرماء على شئ) معلوم (منها) اي من التركة (فاطرح نصيبه من التصحيح او الديون واقسم الباقي على سهام من بقي) من الورثة (او) على (ديونهم) اى ديون من بقي من الغرماء مثاله زوج وام وعم فلهما نصف وثلث الكل وما بقي فاصلها و تصحيحها ستة فاذا صالح الزوج على شئ كما في ذمته من المهر وخرج من البين تطرح سهامه من التصحيح وذلك ثلاثة ويقسم باقي التركة على سهام الباقين على ما كان اثلاثا ثلثاه للام وثلثه للعم (قال الفقير) يريد المولى الفاضل روح الله روحه